﴿ فهرست الجزء السادس والعشرين من مبسوط شمس الأئمة السرخسي رحمه الله آمين ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ الجزء السادس والعشرون من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الأئمة السرخسي

وكتب ظاهر الروايه أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت

صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني

الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير

ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط

ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي

أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جمع من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل)

محمد أفندي ساسي المغربي التونسي

طبع بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

باب البيع على أنه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما

(قال رحمه الله) واذا اشترى المأذون جارية بالف درهم على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز منه بمنزلة اشتراط الخيار ثلاثة أيام كما يجوز من الحر وقد بيناه في كتاب البيوع وبينا أنه لو كان الشرط ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بينهما كان البيع فاسدا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رحمه الله هو جائز على ما اشترطا ووقع في بعض النسخ وقال أبو يوسف هو جائز على ما اشترطا وهو غلط والصحيح أن أبا يوسف فرق بين هذا وبين اشتراط الخيار أربعة أيام وبينا ذلك في البيوع وكذلك لو اشتراها وقبضها ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن على المشترى ما بينه وبين ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز على ما اشترطا وهو بمنزلة اشتراط الخيار للبائع ولو اشتراها على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فقبضها وباعها نفذ بيعه لان خيار المشترى لا يمنعه من التصرف فيها والبيع تام لازم من جانب البائع فان مضت الايام الثلاثة قبل أن ينقده الثمن فلا سبيل للبائع على الجارية ولكنه يتبع المشترى بالثمن لان من ضرورة نفوذ بيعه فيها سقوط خياره ولان امتناعه من ايفاء الثمن في آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع منه وفسخه للبيع فيها بعد ما باعها باطل فاذا جاز البيع والجارية ملك المشترى الثاني علمنا أنه لا سبيل للبائع عليها ولكنه يتبع المشترى منه بالثمن وكذلك لو قتلها المشترى أو ماتت في يده أو قتلها أجنبي آخر حتى غرم قيمتها في الايام الثلاثة لان حدوث هذه المعاني في يد المشترى في مدة خياره يكون مسقطا خياره لما فيه من فوات محل الفسخ وهذا في الموت ظاهر وكذلك في قتل الاجنبي لان القيمة الواجبة على القاتل لاجل ملك المشترى والعقد فيها فلا ينتهي بالقبض فلا يتحول العقد الى ملك القيمة (ألا ترى) أنه يجوز الفسخ بالتحالف والرد بالعيب باعتبار القيمة الواجبة على القاتل بعد قبض المشترى فكذلك الفسخ بخيار الشرط فان كان المشترى

وطئها وهي بكر أو ثيب في الايام الثلاثة أو جنى عليها جناية أو أصابها عيب من غير فعل أحد ثم مضت الايام الثلاثة قبل أن ينقد الثمن فالبائع بالخيار ان شاء أخذها ولا شيء له غيرها وان شاء سلمها للمشتري لان امتناع المشتري من نقض الثمن حتى مضت الايام الثلاثة فسخ منه للبيع ولو فسخ البيع قصدا تخير البائع لحدوث ماحدث فيها عند المشتري فكذلك اذا لم ينقد الثمن حتى مضت الايام ولو كان الواطئ أو الجاني أجنبيا فوجب العقر أو الارش لم يكن للبائع على الجارية سبيل لحدوث الزيادة المنفصلة المتولدة في يد المشتري فان ذلك يمنع الفسخ بعد تمام البيع في جانب البائع حق للشرع وانما له الثمن على المشتري ولو كان حدث فيها عيب من فعل الجاني الاجنبي بعد مضي الايام الثلاثة فالبائع بالخيار ان شاء أخذ الجارية واتبع الجاني بموجب ما أحدثه فيها من وطء أو جناية وان شاء سلمها للمشتري بالثمن فان سلمها للمشتري بالثمن كان للمشتري أن يتبع الاجنبي بذلك لان بمضي الايام الثلاثة قبل نقد الثمن انفسخ البيع فبقيت الجارية في يد المشتري مضمونة بعد الفسخ فيكون بمنزلة الجارية التي في يد البائع قبل التسليم اذا حدث فيها بفعل الاجنبي شيء من ذلك وهنالك يتخير المشتري بين أن يأخذها بالزيادة وبين أن ينقض البيع فيها فكذلك بعد الفسخ يتخير البائع وهذا اذا كان الاجنبي وطئها وهي بكر حتى تمكن نقصان في ماليتها بالوطء فان كانت ثيبا لم ينقصها الوطء أخذها البائع وأخذ عقرها من الاجنبي ولا خيار له في تركها لان ثبوت الخيار باعتبار النقصان في المالية في ضمان المشتري ولم يوجد وقد طعن عيسى رحمه الله في هذا الجواب وقال للبائع أن لا يقبلها لان الوطء كالجناية والمستوفى بالوطء في حكم جزء من العين وقيل في تخريجه ان قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أن المشتري لو كان هو الواطئ بعد مضي الايام لم يلزمه شيء ولم يتخير البائع فاذا كان الواطئ أجنبيا فوجب العقر وتمكن البائع من أخذها مع العقد أولى ان لا يثبت له الخيار وأصل المسئلة في المبيعة اذا وطئها البائع قبل التسليم وهي ثيب لم يتخير المشتري عند أبي حنيفة وكذلك ان وطئها أجنبي أخذها المشتري مع عقرها ولم يتخير فكذلك البائع في هذا الفصل ولو كان المشتري هو الذي قطع يد الجارية أو افتضها وهي بكر بعد مضي الايام الثلاثة فالبائع بالخيار ان شاء سلمها للمشتري بالثمن وان شاء أخذها ونصف ثمنها في القطع لتغير الجارية في ضمان المشتري بعد الفسخ والاوصاف تضمن بالتناول مقصودة فيتقرر على المشتري حصة اليد من الثمن وكذلك كل جناية جنى عليها

أخذ نقصانها من الثمن اذا اختار البائع أخذها وان كان افتضها لم ينظر الي عقرها ولكن ينظر الى ما نقصها الوطء من قيمتها فيكون على المشترى حصة ذلك من ثمنها فى قول أبي حنيفة وعندهما ينظر الى الاكثر من عقرها ومما نقص الوطء من قيمتها فيكون على المشترى حصة ذلك من ثمنها وان كان لم ينقصها الوطء شيأ أخذها البائع ولا شئ على المشترى فى الوطء فى قول أبي حنيفة وعندهما يقسم الثمن على قيمتها وعلى عقرها فيأخذها البائع وحصة العقر من ثمنها وأصل المسئلة فى البائع اذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض وقد بينا ذلك فى البيوع فحال المشترى ههنا بعد الفسخ كحال البائع قبل التسليم هناك لانها فى ضمان ملكه حتى لو هلكت قبل الرد كان هلاكها على ملكه كما فى المبيعة قبل القبض فيستوى تخريج الفصلين على الاختلاف الذى بينا ولو كانت ولدت ولدا فى الايام الثلاثة ثم مضت الايام وهما حيان ولم ينقد الثمن فالجارية وولدها للمشترى بالثمن ولا خيار للبائع فى ذلك لاجل الزيادة المنفصلة المتولدة فى يده قبل الفسخ ولو لم تلد ولكنها قد ازدادت فى يده كان للبائع أن يأخذها بزيادتها لان الزيادة المتصلة لامعتبر بها فى البيع ولا يمنع الفسخ لاجلها كما فى الفسخ بسبب العيب وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة الزيادة المتصلة هنا كالزيادة المنفصلة وهو نظير ما بينا من اعتبار الزيادة المتصلة فى المنع من الفسخ بسبب التحالف وفى المنع من التصرف فى الصداق بالطلاق ولو كانت ولدت بعد مضي الايام ونقصتها الولادة فالبائع بالخيار للنقصان الحادث فيها من يد المشترى كما لو تعيبت بعيب آخر وهذا لان الزيادة المنفصلة بعد الفسخ لا تمنع من استردادها وتأثير نقصان الولادة فى اثبات الخيار للبائع لا فى تعذر الرد به ولو ماتت بعد مضى الايام الثلاثة ولم تلد فعلى المشترى الثمن لان العقد وان انفسخ فقد تعيب فى ضمان المشترى فاذا هلكت بطل ذلك الفسخ كما اذا هلكت المبيعة قبل القبض بطل البيع ولو كانت ولدت بعد مضى الايام الثلاثة ثم ماتت وبقي ولدها فالبائع بالخيار ان شاء سلم الولد للمشترى وأخذ منه جميع الثمن وان شاء أخذ الولد ورجع على المشترى بحصة الام من الثمن وهو لان الولد لما صار مقصودا بالاسترداد كان له حصة من الثمن وهو بمنزلة المبيعة اذا ولدت قبل القبض ثم ماتت الام وبقى الولد فكما يتخير المشترى هناك يتخير البائع هنا ولو كان اشترى الجارية بعرض بعينه على انه ان لم يعط البائع ذلك الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز بمنزلة شرط الخيار فان حدث بالجارية عيب فى يد المشترى أو فقأ عينها أو وطئها وهى بكر

أو ثيب أو فعل ذلك أجنبي ثم مضت الايام قبل أن يعطيه البائع فهذا وما وصفنا من الدراهم سواء لاستوائهما في المعنى ولو مضت الايام قبل أن يعطى المشترى البائع ماشرطه ثم هلكت الجارية فى يد المشترى أو قتلها كان للبائع على المشترى قيمتها ولا سبيل له على ثمنها لان بمضى الايام الثلاثة انفسخ البيع وهلاك أحد العوضين فى المقايضة بعد الفسخ لايمنع بقاء الفسخ لبقاء العرض الآخر واذا فى الفسخ تعذر على المشترى رد عينها فيرد قيمتها بخلاف البيع بالدراهم ولو ذهبت عينها أو فقأها المشترى أخذ البائع الجارية ونصف قيمتها ولا سبيل له على الثمن لان العين من الآدمى نصفه فقوات نصفها بعد الفسخ معتبر بفوات كلها ولو كان أجنبي فقأ عينها أو قتلها كان البائع بالخيار ان شاء أخذ قيمتها فى القتل من مال المشترى حالا وان شاء رجع بها على عاقلة القاتل فى ثلاث سنين فان أخذها من المشترى رجع بها على عاقلة القاتل لانها بعد الفسخ مملوكة للبائع مضمونة فى يد المشترى بنفسها كالمغصوبة وأما فى فقء العين فان البائع يأخذ الجارية ويتبع بارش العين المشترى أو الجانى أيهما شاء حالا كما فى المغصوبة اذا فقأ انسان عينها فى يد الغاصب فان أخذه من المشترى رجع به المشترى على الجانى ولا سبيل للبائع فى شئ من هذه الوجوه على الثمن لانه لا يتمكن من أخذ ذلك الا بفسخ ذلك العقد وبقاء أحد العوضين يمنعه من ذلك بخلاف ما اذا كان حدوث هذه المعانى قبل مضي الثلاثة لان هناك العقد قائم بينهما حين حدث ما حدث ومضى الايام الثلاثة بمنزلة الفسخ من المشترى قصدا وفسخه بعد ماتعيب فى يده لا يكون ملزما للبائع فمن هذا الوجه وقع الفرق ولو باع المأذون أو الحر جارية بالف درهم فتقابضا على أن البائع ان رد الثمن على المشترى الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ثم ان المشترى وطئ الجارية أو فقأ عينها فى الايام الثلاثة فان رد البائع الثمن على المشترى كان له أن يأخذ جاريته ويضمن المشترى بالوطء عقرها وفى الفقء نصف قيمتها لان هذا الشرط بمنزلة خيار البائع والمبيعة قائمة على ملك البائع فى يده على خياره فاذا تقرر ملكه بفسخ البيع ظهر ان جناية المشترى ووطأه حصلا فى ملك الغير فعليه العقر والارش وان مضت الايام الثلاثة قبل أن يرد الثمن تم البيع ولا شئ على المشترى من العقر والارش لان خيار البائع اذا سقط ملكها المشترى من وقت العقد بزيادتها فلا يلزمه العقر والارش لان فعله حصل فى ملكه حكما ولو كان أجنبي فعل ذلك ثم رد البائع الثمن فى الايام الثلاثة أخذ جاريته ونصف قيمتها ففى فقء العين

ان شاء من المشترى ويرجع به المشترى على الفاقئ وان شاء من ال...
للبائع مضمونة بنفسها فى يد المشترى كالمغصوبة وفى الوطء ان كانت ... عنها فى قول أبى
لان الوطء ينقص ماليتها وهى مضمونة فى يد المشترى بنفسها و قيمتها فيكون على المشترى
الوطء أخذها البائع واتبع الواطئ بعقرها ولا سبيل له على المشترى لا شئ على المشترى فى
المشترى ماليتها ولم يتمكن نقصان فى ماليتها بهذا الوطء وهى كالمغصوبة ...
فى يد الغاصب وهى ثيب ولو لم يرد البائع الثمن حتى مضت الايام الثلاثة تم البيع واتبع
المشترى الفاقئ أو الواطئ بالارش والعقر لانه عند سقوط الخيار للبائع ملكها من وقت
العقد بزوائدها المنفصلة ولو كان البائع هو الذى وطئها وفقأ عينها فقد انتقض البيع
رد الثمن بعد ذلك أولم يرد ويأخذ جاريته لان فعله ذلك تقرير للملكه حين عجز نفسه عن
تسليمها كما باعها ولو فعل ذلك بعد مضى الثلاث ولم يرد الثمن فعليه الارش والعقر للمشترى
لان بمضى الثلاث تم البيع وتأكد ملك المشترى بكونها فى يده ففعل البائع فيها كفعل أجنبي
آخر فيلزمه عقرها وأرشها للمشترى. والله أعلم

باب الشفعة فى بيع المأذون وشرائه

(قال رحمه الله) ولا شفعة للمولى فيما باع عبده المأذون أو اشتراه اذا لم يكن عليه دين لانه يبيع ملك المولى له ولا شفعة فى البيع لمن وقع البيع له ولا فائدة فى أخذ ما اشتراه بالشفعة لانه متمكن من أخذه لا بطريق الشفعة فانه مالك لكسبه اذا لم يكن عليه دين والاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراؤه كسب عبده اذا لم يكن عليه دين باطل وكذلك لاشفعة للعبد فيما باع مولاه أواشتراه لانه اذا لم يكن عليه دين فانما يأخذ ماباعه المولى بالشفعة له ولا شفعة للبائع ولا يفيد أخذه بما اشتراه المولى بالشفعة لان المولى متمكن من استرداد مافى يده منه فيكون متمكنا من منعه من اثبات اليد عليه أيضا فان كان على العبد دين فالشفعة واجبة لكل واحد منهما فى جميع هذه الوجوه لان كسبه حق غرمائه والمولى كالاجنبي منه فيكون أخذ كل واحد منهما من صاحبه فى هذه الحالة مفيدا بمنزلة شرائه ابتداءا لا فى وجه واحد وهو ما اذا باع العبد دارا باقل من قيمتها بما يتغابن الناس أو بغير ذلك لم يكن للمولى فيها الشفعة لانه لو وجبت له الشفعة أخذها من العبد قبل التسليم الى المشترى فيكون متملكا

باع العبد منه بالغبن لم يجز لحق غرمائه ويستوى فى حقهم
صرف المريض فى حق غرمائه ولا يمكن الاخذ بمثل القيمة
وطئها ... بنظر ... المشترى لا يثبت عنا في حق الشفيع ولو باع العبد من مولاه
دين عليه ... ي شفيعها فلا شفعة له لان ما جرى بينهما ليس ببيع حقيقة فالبيع
والثمن كلاهما خالص ملك المولى ومبادلة ملكه بملكه لاتجوز وقد كان متمكنا من أخذها
بدون هذا البيع فلا يكون هذا البيع مفيدا والاسباب الشرعية تلغو اذا كانت خالية عن فائدة
فاذا كان عليه دين وكان البيع بمثل القيمة أو أكثر فله الشفعة لان هذا بيع صحيح بينهما فالدار
كانت حقا لغرمائه وكان المولى ممنوعا من أخذه قبل الشراء وبالشراء يصير هو أحق بها
وباعتبار البيع الصحيح تجب الشفعة للشفيع وان باعها بأقل من قيمتها فلا شفعة للشفيع فيها فى
قول أبي حنيفة لان عنده بيع المأذون من مولاه بأقل من قيمته باطل كبيع المريض من وارثه
وهذا لان المولى يخلفه في كسبه خلافة الوارث المورث فتتمكن التهمة بينهما في حق الغرماء
والشفعة لا تستحق بالبيع الباطل وعندهما للشفيع أن يأخذها بقيمتها أو يتركها لان من أصلهما
ان المحاباة لا تسلم للمولي ولكن لا يبطل أصل البيع بسبب المحاباة بل يتخير المولى بين أن يزيل
المحاباة فيأخذها بقيمتها وبين أن يتركها فكذلك الشفيع يتخير فى ذلك وهذا لان الاستحقاق
بحكم هذا البيع ثابت للمولى بمثل القيمة اذا رضى به فيثبت ذلك للشفيع لان الشرع قدم الشفيع
علي المشترى فى الاستحقاق الثابت بالبيع فان تركها الشفيع أخذها المولى بتمام القيمة ان شاء
وان كان المولى هو البائع من غيره بمثل قيمته ولا دين عليه فلا شفعة فيها لان ما جرى بينهما
ليس ببيع مفيد وان كان عليه دين كان البيع صحيحا لكونه مفيدا والشفعة واجبة للشفيع وان
باعها منه بأكثر من قيمتها فعند أبي حنيفة البيع باطل لاجل الزياده وكون العبد متهما فى حق
مولاه (ألا ترى) ان اقراره لمولاه لايجوز بشئ اذا كان عليه دين فكذلك المحاباة والزيادة
منه لمولاه واذا بطل البيع لم تجب الشفعة للشفيع وعندهما المولى بالخيار ان شاء سلم الدار
للعبد بقدر القيمة وان شاء استردها لان التزام العبد الزيادة لمولاه لم تصح وأما أصل
البيع بمثل القيمة فصحيح فثبوت الخيار للمولى لانعدام الرضا منه بذلك فان سلمها له بالقيمة
أخذها الشفيع بذلك لان الاستحقاق ثابت بالقيمة عند رضاه بها وان أبى كان للشفيع أن
يأخذها من المولى بجميع الثمن ان شاء لان رضا المولي قد تم بالبيع بجميع الثمن وذلك يكفي

لوجوب الشفعة كما لو أقر ببيعها وأنكر المشتري ثم عهدة الشفيع على المولى لانه تملكها عليه بالاخذ من يده فهو بمنزلة ما لو اشتراها منه ابتداء واذا سلم المأذون شفعته وجبت له وعليه دين أو لادين عليه فتسليمه جائز لانه يملك الاخذ بالشفعة فيملك تسليمها لان كل واحد منهما من صنيع التجار كما أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمها بمنزلة ترك الشراء والاقالة بعد ذلك والمأذون مالك كذلك وان سلمها مولاه جاز تسليمها ان لم يكن عليه دين بمنزلة الاقالة فيما اشتراه العبد لانه لو باعها ابتداء من هذا الرجل أومن غيره بعدما أخذها العبد جاز فكذلك اذا سلم شفيعها له وان كان على العبد دين فتسليم المولى باطل بمنزلة اقالته وبيعه ابتداء وهذا لان كسبه حق غرمائه والمولى جعل كالاجنبي بالصرف فيه فكذلك في اسقاط حقه فان لم يأخذه العبد حتى استوفى الغرماء دينهم أو أبرأوا العبد من دينهم سلمت الدار للمشترى بتسليم المولى الشفعة لان تسليم المولى الشفعة بمنزلة سائر تصرفاته في كسب العبد المديون وذلك كله ينفذ بسقوط حق الغرماء التبرعات والمعاوضات فيه سواء ولو حجر المولى عليه بعد وجوب الشفعة له وفي يده مال وعليه دين أو لادين عليه لم يكن له أن يأخذها بالشفعة كما لا يكون له أن يشتريها ابتداء بما في يده من المال بعد الحجر عليه وان لم يحجر عليه وأراد المولى الاخذ بالشفعة فله ذلك اذا لم يكن على العبد دين لان العبد انما يأخذ للمولى ولان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وللمولى أن يشترى بكسب عبده اذا لم يكن عليه دين كما يكون ذلك للعبد فكذلك حكم الاخذ بالشفعة وان كان عليه دين لم يكن له ذلك الا ان يقضى الغرماء دينهم فان قضاهم ديونهم كان له أن يأخذ بالشفعة لزوال المانع وان كان عليه دين فأراد الغرماء أن يأخذوا بالشفعة لم يكن لهم ذلك لان حق الاخذ بالشفعة باعتبار الجوار وذلك ينبني على ملك العين والغرماء من ملك عين الدار التي هي كسب العبد كالاجانب حتى لا يكون للغرماء استخلاصها لهم وأما حقهم في ماليتها فبمنزلة حق المرتهن ولا يستحقون الشفعة بخلاف المولى فانه مالك للعين اذا لم يكن على العبد دين فيكون له أن يأخذها بالشفعة لتقرر السبب في حقهم ولو حجر عليه بعد وجوب الشفعة ثم أراد المولى أن يأخذها بالشفعة ولا دين على العبد فله أن يأخذها ان سلم العبد بعد الحجر أو لم يسلم لان التسليم انما يصح ممن يملك الاخذ والعبد بعد الاخذ لا يملك الاخذ بالشفعة الا أن يقضي الغرماء دينهم فان فعل ذلك كان له أن يأخذها بالشفعة لزوال المانع سواء سلم العبد الشفعة بعد الحجر او لم يسلم

وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد ظاهر لان عندهما المولى مالك لكسبه مع قيام الدين عليه وان كان هو ممنوعا منه وعند أبي حنيفة وان لم يكن مالكا فهو أحق بكسبه اذا قضى الدين والشفعة تستحق عليه كالتركة المستغرقة بالدين اذا بيعت دار بجنب منها كان للوارث أن يأخذها بالشفعة بعد ما قضى الدين واذا اشترى المأذون دارا ولها شفيع يريد أخذها فوكل الشفيع مولى العبد يأخذها له وبالخصومة فيها وعلى العبد دين أو لادين عليه فالوكالة باطلة لانه لو صح التوكيل ملك الوكيل التسليم فى مجلس الحكم وفى ذلك منفعة للمولى وهذا لايصلح أن يكون وكيلا فى استيفاء حق الغير من عبده فلهذا النوع من المنفعة له فى ذلك كما لو وكله غريم العبد باستيفاء دينه من العبد فان كان عليه دين فسلمها العبد للمولى بالشفعة جازت [illegible] الشفيع ولا يجوز قبض المولى الدار من العبد على الشفيع حتى يقبضها الشفيع من [illegible] والعهدة [illegible] والشفيع [illegible] فيما بين المولى وعبده [illegible] الوكالة لما لم [illegible] بمنزلة [illegible] الشفيع [illegible] لكنها [illegible] بمنزلة ما لو أخذها الشفيع بنفسه وهو نظير ما لو وكله بقبض دين له على العبد فانه لا يبرأ العبد بقبض المولى حتى يدفع ذلك الى الغريم فاذا دفعها اليه برئ العبد بمنزلة ما لو قبضها الغريم بنفسه وكذلك لو كان الوكيل بعض غرمائه لان منفعة الغريم فى ذلك أظهر من منفعة المولى فان حقه فى كسب العبد مقدم على حق المولى ولو كان العبد هو الشفيع فوكل مولاه ان يأخذه بالشفعة له أو بعض غرمائه جازت الوكالة كان عليه دين أو لم يكن بمنزلة ما لو وكله العبد بقبض دين له على أجنبي وهذا لان فى تسليمه واقراره اضرارا بالمولى والغريم ولا منفعة لهما فيه فان سلم المولى الشفعة للمشترى عند القاضي جاز تسليمه وان سلمها عند غير القاضي جاز ان لم يكن على العبد دين وان كان على العبد دين فتسليمه باطل فى قول أبي حنيفة رحمه الله وليس له أن يأخذ بالشفعة ولكن العبد هو الذى يأخذها وفى قول أبي يوسف الآخر تسليمه جائز عند القاضي وعند غير القاضي وعند محمد تسليمه باطل عند القاضي وعند غير القاضي اذا كان على العبد دين وأصل المسئلة ما بينا فى الشفعة ان عند أبي حنيفة وأبي يوسف من ملك الاخذ بالشفعة ملك تسليمها اذا كان نائبا كالاب والوصي وعند محمد لا يملك ثم عند أبي حنيفة رحمه الله اقرار الوكيل على موكله يجوز فى مجلس القاضي ولا يجوز فى غير مجلسه فكذلك تسليمه وفى قول أبي يوسف الآخر كما يجوز اقراره عليه فى غير مجلس القاضي فكذلك

يجوز تسليمه فاذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة اذا سلمها في مجلس القاضي جاز لانه مالك للاخذ واذا سلمها في غير مجلس القاضي فان لم يكن عليه دين جاز باعتبار ان الحق واجب له لا باعتبار الوكالة وان كان عليه دين لا يجوز تسليمه في حق العبد والغرماء ولكن يخرج من الخصومة بمنزلة مالو أقر علي موكله في غير مجلس القاضي واذا خرج من الخصومة كان العبد على حقه يأخذها بالشفعة ان شاء وفي قول أبي يوسف الآخر يصح تسليمه على كل حال لانه بنفس التوكيل قام مقام الموكل في الاخذ فكذلك التسليم وعند محمد هو قائم مقام الموكل في الاخذ بالشفعة والتسليم اسقاط وهو ضد ماوكله به فلا يصح منه الا اذا لم يكن عليه دين فحينئذ يصح باعتبار ملكه ولو كان وكيل العبد بالاخذ بعض غرمائه فتسليمه في مجلس القاضي جائز في قول أبي حنيفة وكذلك في غير مجلس القاضي عند أبي يوسف وفي قول محمد هو باطل وان أقر عند القاضي أن العبد قد سلمها قبل أن يتقدم اليه فاقراره في مجلس القاضي جائز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله اقراره بذلك جائز في مجلس القاضي وفي غير مجلس القاضي بمنزلة اقرار وكيل المدعي عليه بوجوب الدين واقرار وكيل المدعى بانه مبطل في دعواه وانه قد أبرأه عن الدين *رجل مات وعليه دين فباع الوصي دارا للميت لها شفيع فوكل الشفيع بعض غرماء الميت أن يأخذ له لم يكن وكيلا في ذلك لان الدار انما بيعت له وكما ان من بيعت له لا يأخذها لنفسه فكذلك لا يأخذها لغيره بوكالته وبهذا الطريق قلنا فيما باعه العبد ان المولى أو الغريم لا يكون وكيلا للشفيع في الاخذ لان تصرفه لغرمائه من وجه ولمولاه من وجه ولو كان الميت اشترى في حياته دارا وقبضها ثم مات وعليه دين وطلب الشفيع شفعته ووكل في الخصومة فيها بعض غرماء الميت لم يكن وكيلا لانه لو صح التوكيل ملك التسليم والاقرار علي موكله بالتسليم في مجلس الحاكم وفيه منفعة له فان سلمها الوصي بغير خصومة كانت للشفيع ولم يكن للغريم أن يقبضها ولكن الشفيع هو الذى يقبضها وتكون العهدة فيما بينه وبين الوصي لان الوكالة لما بطلت صار هو بمنزلة الرسول للشفيع وكذلك لو وكل وارثا بذلك فان في التسليم أو الاقرار به على الموكل منفعة الوارث بعد سقوط حق الغريم ولو باع المأذون دارا وسلمها ولها شفيع فوكل الشفيع بخصومة المشترى مولي العبد وعليه دين أو لا دين عليه أو وكل بعض غرماء العبد فالوكالة باطلة لان العبد بائع للدار لغرمائه من وجه فان ماليتها حقهم وللمولي من وجه فان كسبه ملك مولاه اذا

فرغ من الدين ومن بيع له لا يأخذ بالشفعة لغيره كما لا يأخذ لنفسه (ألا ترى) ان الوكيل اذا باع دار الرجل بأمره فوكل الشفيع الآمر بخصومة المشترى فى ذلك لم يكن وكيلا لانها بيعت له وكذلك المضارب اذا باع دارا من المضاربة فوكل شفيعها رب المال بالخصومة والاخذ بالشفعة لم يكن وكيلا فى ذلك فان سلمها المشترى له بغير خصومة جاز والشفيع هو الذى قبضها والعهدة بينه وبين المشترى لان رب المال بمنزلة الرسول له حين يطلب الوكالة وعبارة الرسول كعبارة المرسل فكان للشفيع أخذها بنفسه والله أعلم

باب بيع المأذون المكيل أو الموزون من صنفين

(قال رحمه الله) واذا باع المأذون من رجل عشرة أقفزة حنطة وعشرة أقفزة شعير فقال أبيعك هذه العشرة الاقفزة حنطة وهذه العشرة الاقفزة شعير كل قفيز بدرهم فالبيع جائز لان جملة المبيع معلوم والثمن معلوم وكل متى أضيفت الى ما يعلم منتهاه تتناول الجميع فان تقابضا ثم وجد بالحنطة عيبا ردها بنصف الثمن علي حساب كل قفيز بدرهم لانه كذلك اشترى وعند الرد بالعيب انما يرد المعيب بالثمن المسمى بمقابلته فاذا كان المسمى بمقابلة كل قفيز من الحنطة درهما ردها بذلك أيضا وكذلك لو قال القفيز بدرهم لان الالف واللام للجنس اذا لم يكن هناك معهود فيتناول كل قفيز من الحنطة وكل قفيز من الشعير بمنزلة قوله كل قفيز ولو قال كل قفيز منهما بدرهم وتقابضا ثم وجد بالحنطة عيبا فانه يردها علي حساب كل قفيز منهما النصف من الحنطة والنصف من الشعير بدرهم وذلك بان يقسم جميع الثمن عشرين درهما على قيمة الحنطة وقيمة الشعير فان كانت قيمة الحنطة عشرين درهما وقيمة الشعير عشرة رد الحنطة بثلثى الثمن لانه أضاف القفيز الذى جعل الدرهم بمقابلته اليهما بقوله منهما ومطلق هذه الاضافة يقتضى التسوية بينهما فيكون نصف كل قفيز بمقابلة الدرهم من الحنطة ونصف من الشعير فلهذا يقسم جملة الثمن علي قيمتهما بخلاف الاول فهناك ذكر القفيز مطلقا واطلاقه يقتضي أن يكون بمقابلة كل قفيز من الحنطة درهم وبمقابلة كل قفيز من الشعير درهم وكذلك لو قال القفيز منهما بدرهم فهذا وقوله كل قفيز منهما بدرهم سواء كما بينا ولو قال أبيعك هذه الحنطة وهذا الشعير ولم يسم كيلهما كل قفيز بدرهم فالبيع فاسد فى قول أبي حنيفة رحمه الله لان من أصله انه اذا لم تكن الجملة معلومة فان ما يتناول هذا اللفظ قفيزا واحدا وقد بينا له

هذا الاصل فى البيوع ولا يعلم ان ذلك القفيز من الحنطة أو من الشعير فقسد البيع فى ذلك أيضا للجهالة حتى يعلم الكيل كله فان علمه فهو بالخيار ان شاء أخذ كل قفيز حنطة بدرهم وكل قفيز شعير بدرهم وان شاء ترك وهكذا يكشف الحال عنده اذا صارت جملة الثمن معلومة له الآن فيتخير بين الاخذ والترك وعندهما البيع جائز كل قفيز من الحنطة بدرهم وكل قفيز من الشعير بدرهم لان جهالة الجملة لا تفضي الى تمكن المنازعة ولو قال كل قفيز منهما بدرهم كان البيع واقعا فى قول أبي حنيفة رحمه الله علي قفيز واحد نصفه من الحنطة ونصفه من الشعير بدرهم لان هذا معلوم وثمنه معلوم وفيما زاد على القفيز الواحد اذا علم بكيل ذلك فهو بالخيار ان شاء أخذ كل قفيز منهما بدرهم وان شاء ترك وفى قول أبي يوسف ومحمد البيع لازم له فى جميع ذلك كل قفيز منهما بدرهم نصفه من الحنطة ونصفه من الشعير ولو قال أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كر فاشتراها على ذلك فوجدها أقل من كر فالبيع جائز لان المعقود عليه صار معلوما بالاشارة اليه ووجده على شرطه الذى سماه فى العقد والثمن معلوم بالتسمية فيجوز العقد وان وجدها كرا أو أكثر من كر فالبيع فاسد لان العقد انما يتناول بعض الموجود وهو أقل من كر كما سمى وذلك مجهول لانه لا يدرى ان المشترى أقل من الكر بقفيزا وقفيزين وهذه الجهالة تقتضي المنازعة وكذلك لو قال على أنها أكثر من كر فان وجدها أكثر من كر بقليل أو كثير فالبيع جائز لانه وجدها على شرطه والبيع يتناول جميعها وان وجدها أقل من كرا وكرا فالبيع فاسد لانه لا يدري حصة مانقص منها مما شرطه فانه لا بد من اسقاط حصة النقصان من الثمن وذلك مجهول جهالة تفضى الى المنازعة ولو قال على انها كرا وأقل منه فان وجدها كرا أو أقل منه فهو جائز لانه وجدها على شرطه وان وجدها أكثر من كر لزم المشترى من ذلك كر وليس للبائع ان ينقص من ذلك شيأ لانه لو وجدها كرا كان الكل مستحقا للمشترى فاذ وجدها أكثر أولى أن يكون مقدار الكر مستحقا للمشترى والزيادة على الكر للبائع لان البيع لا يتناولها ولو قال على انها كرا أو أكثر فوجدها كذلك جاز البيع وان وجدها أقل فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن اذا قسم علي كر وان شاء ترك لان استحقاقه انما يثبت فى مقدار الكر بدليل انه لو وجدها كرا لزمه جميع الثمن ولا خيار له فاذا كان أنقص من كر فقدر النقصان معلوم وحصته من الثمن معلومة فيسقط ذلك عن المشترى ويتخير لتفرق الصفقة عليه والنقصان ان حرفه أو للتخيير

فانما يثبت الاستحقاق عند ذكر حرف أو فى المقدار المعلوم فى نفسه سواء ردد الكلام بين ماهو معلوم فى نفسه والزيادة عليه أو النقصان عنه الا أن فى ذكر النقصان للبائع فائدة وهو أن لا يخاصمه ان وجده أقل فهو بمنزلة البراءة من العيب وفى ذكر الزيادة للمشترى فائدة وهو ان لا يلزمه رد شيء اذا وجده أكثر ولو قال أبيعك هذه الدار على انها أقل من ألف ذراع فوجدها أقل من ذلك أو ألفا أو أكثر فالبيع جائز لان الذرعان فى الدار صفة والثمن بمقابلة العين لا بمقابلة الوصف فان وجدها أزيد مما قال وصفا لا يتغير حكم البيع ولو قال على انها أكثر من ألف ذراع فان وجدها أكثر من ألف بقليل أو كثير فالبيع لازم لانه وجدها على شرطه وان وجدها ألف ذراع أو أقل كان المشترى بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لانه وجدها أنقص مما سمي البائع له من الوصف فيتخير لذلك فاذا اختار الاخذ لزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الوصف ولو اشترى ثوبا من رجل بعشرة دراهم على انه عشرة اذرع فوجده ثمانية فقال البائع بعتك على انه ثمانية فالقول قول البائع مع يمينه لان المشترى يدعى زيادة وصف شرطه ليثبت له الخيار لنفسه عند فوته فان الذرعان فى الثوب صفة والبائع منكر لذلك والقول قوله مع يمينه وعلى المشترى البينة علي ما ادعاه من الشرط كما لو قال اشتريت العبد على أنه كاتب أو خباز ولو قال المشترى اشتريته بعشرة على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فوجده ثمانية أذرع فقال البائع بعتك على أنه ثمانية أذرع بعشرة دراهم وهو شرط كل ذراع بدرهم تحالفا لان الاختلاف هنا بينهما فى مقدار الثمن فانه اذا قابل كل ذراع بدرهم كان الثمن عشرة دراهم سواء كان ذرعان الثوب عشرة أو ثمانية فاذا كان كل ذراع بدرهم كان ثمانية اذا كان ذرعان الثوب ثمانية فعرفنا أن الاختلاف بينهما فى مقدار الثمن [illegible] لا يختلف فى مقدار الثمن وانما ادعى المشترى ثبوت الخيار [illegible] فهو بمنزلة ما لو ادعى انه شرطه كاتبا أو ادعى شرط الخيار لنفسه [illegible] فى ذلك ان يكون القول قول المنكر الشرط والله أعلم

باب عتق المولى عبده المأذون ورقيقه

(قال رحمه الله) واذا أعتق المولى عبده المأذون وعليه دين أكثر من قيمته وهو يعلم أو لا يعلم فعتقه نافذ لبقاء ملكه فى رقبته [illegible] لحقه الدين والمولى ضامن لقيمته لانه

ما بلغت وان كانت قيمته عشرين ألفا أو أكثر لانه أتلف المالية بالاعتاق وهذه المالية حق الغرماء فيضمنها لهم بالغة ما بلغت كالراهن اذا أعتق المرهون والدين مؤجل ولم يكن عليه دين ولكنه قتل حرا أو عبدا خطأ فأعتقه المولى فان كان يعلم بالجناية فهو مختار للفداء والفداء الدية ان كان المقتول حرا وقيمة المقتول ان كان عبدا الا أن تزيد على عشرة آلاف درهم فينقص منها عشرة لان بدل نفس المملوك بالقتل لا تزيد على عشرة آلاف الا عشرة وان لم يعلم بالجناية غرم قيمة عبده الا أن تبلغ قيمته عشرة آلاف فينقص منها عشرة لان المستحق بالجناية نفس العبد بطريق الجزاء والمولى مخير بين الدفع والفداء فاذا أعتقه مع العلم بالجناية صار مختارا للفداء بمنع الدفع وان كان لا يعلم بالجناية فهو غير مختار للفداء ولكنه مستهلك للعبد الذى استحقه جزاء على الجناية فيغرم قيمته ولا تزاد قيمته على عشرة آلاف الا عشرة لان هذه قيمة لزمته باعتبار الجناية من المملوك فيقاس بقيمة تلزمه بالجناية على المملوك فاذا كان لا تزاد على عشرة آلاف الا عشرة فكذلك القيمة التى تلزمه بالجناية من المملوك وهذا يخالف فصل الدين من وجهين أحدهما أن هناك علم المولى وعدم علمه سواء لان المستحق مالية الرقبة بيعا فى الدين واعتاق المولى اتلاف لذلك فيلزمه قيمته سواء كان عالما به أو غير عالم به بمنزلة اتلاف مال الغير وفى الجناية المستحق فى حق المولى أحد شيئين وهو مخير بينهما وفى حكم الاختيار يختلف العلم وعدم العلم والثانى أن هناك يغرم قيمته بالغة ما بلغت لان استحقاق تلك القيمة عليه باعتبار سبب يستحق به المالية من غصب وشراء فيتقدر بقدر القيمة وهاهنا وجوب القيمة باعتبار الجناية وقيمة العبد بالجناية لا تزيد على عشرة آلاف الا عشرة وان كان المقتول عبدا غرم المولى الاقل من قيمة عبده ومن قيمة المقتول الا أن يبلغ عشرة آلاف فينقص منها عشرة لان الاقل هو المتيقن به فلا يلزم المولى أكثر منه ولا يزاد الواجب على عشرة آلاف الا عشرة لان الواجب باعتبار الجناية على المملوك فان أعتقه وعليه دين وجنايات أكثر من قيمته وهو لا يعلم بالجناية غرم لاصحاب الدين قيمته بالغة ما بلغت لاتلاف المالية التى هى حقهم (ألا ترى) أن قبل العتق كان يدفع بالجنايات ثم يباع بالدين فيسلم المالية للغرماء بكمالها ويغرم لاصحاب الجنايات الاقل من قيمته ومن عشرة آلاف الا عشرة لان المستحق نفسه بالجنايات حق (ألا ترى) أن قبل العتق كان يتخلص المولى من جناياته بدفعه فاذا تعذر الدفع باعتاقه لم يصر مختارا كان عليه قيمته وقيمته بسبب الجناية لا تزيد على عشرة آلاف

الا عشرة ولا شركة بين الغرماء ولا بين أصحاب الجنايات لانعدام المشاركة بينهما فى سبب وجوب حقهما وفى المحل الذى ثبت فيه حق كل واحد منهما (ألا ترى) أن قبل العتق لم يكن بينهما شركة ولكنه كان يدفع بالجنايات كلها أو لا ثم يباع للغرماء فى ديونهم وان أعتقه وهو يعلم بالجنايات صار مختارا للفداء فى الجنايات فيضمنها كلها وصار ضامنا القيمة للغرماء باتلاف المالية ولا شركة لبعضهم مع البعض فى ذلك ولو كان المأذون مدبرا أو أم ولد فأعتقه المولى وعليه دين كثير لم يغرم للمولى شيأ لان حق الغرماء ههنا ما تعلق بمالية الرقبة بل بالكسب وبالاعتاق لم يثبت شئ من كل حقهم فلا يغرم المولى لهم شيأ لانه ما أفسد عليهم شيأ بخلاف القن وان كان على المأذون دين كثير أو قليل فأعتق المولى أمة من رقيقه فعتقه باطل فى قول أبى حنيفة الاول وفى قوله الآخر نافذ الا أن يكون الدين محيطا برقبته وبجميع ما فى يده فحينئذ عتقه باطل ما لم يسقط الدين وفى قولهما عتقه نافذ على كل حال كما ينفذ فى رقبته وهذا بناء على اختلافهم فى ملك المولى كسب عبده المديون وقد بيناه فيما سبق فان كان فى رقبته وكسبه فضل على دينه حتى جاز عتق المولى لامته فالمولى ضامن قيمة الامة للغرماء لان الدين يشغل كل جزء من أجزاء الكسب والمولى يفسد عليهم مالية المعتقة فيضمن قيمتها لهم فان كان معسرا كانت القيمة دينا على الجارية المعتقة لان المالية التى هى حق الغرماء سلمت لها واحتبست عندها بالعتق فعليها السعاية فى قيمتها وترجع بذلك على المولى لان السبب الموجب للضمان وجد من المولى وكان الضمان دينا فى ذمة المولى وانما أخذت هى على قضاء دين المولى ويرجع عليه بذلك كما لو أعتق الراهن المرهون وهو معسر والتدبير فى ذلك بمنزلة الاعتاق وذكر فى المأذون الصغير ان المولى اذا أعتق جارية العبد المأذون بعد موت المأذون فهو كاعتاقه اياها فى حياته وهذا ظاهر فى قول أبى حنيفة وعلى قول أبى يوسف ومحمد عتقه وتدبيره جائز وان كان الدين محيطا والمولى ضامن قيمة الامة باتلاف ماليتها على الغرماء فان كان معسرا فللغرماء أن يضمنوها القيمة وترجع بذلك على المولى كما هو مذهب أبى حنيفة اذا لم يكن الدين محيطا وكذلك الوارث اذا أعتق جارية من التركة وفيها دين غير مستغرق لها فان الوارث مالك للتركة ههنا فينفذ عتقه ويكون التخريج فى حكم الضمان على نحو ما بينا فى اعتاق المولى كسب عبده المأذون ولو وطئ المولى أمة المأذون فجاءت بولد فادعى نسبه ثبت نسبه منه عندهم جميعا وصارت الامة أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها لان حق

المولى فى كسب عبده المديون أقوى من الاب فى جارية ابنه (ألا ترى) ان المولى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر والاب لايملك ذلك فى جارية ابنه ثم هناك استيلاده صحيح ويجب عليه ضمان قيمتها دون العقر فكذلك هاهنا وبهذا فرق أبو حنيفة بين الاستيلاد والاعتاق والتدبير وذكر فى المأذون الصغير أن صحة دعوته استحسان يعنى على قول أبى حنيفة وفى القياس لا يصح لانه لايملك كسب عبده المديون اذا كان الدين محيطا كما لا يملك كسب مكاتبه ثم دعواه ولد أمة مكاتبه لا تصح الا بتصديق المكاتب فكذلك دعواه ولد أمة عبده المديون ولكنه استحسن فقال هناك لا يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فيعتبر بالاستيلاد كانه ستخلصها لنفسه بالتزام قيمتها ولا اشكال على قول أبى حنيفة فى انتفاء العقر عنه لانه ما كان يملكها ما دامت مشغولة بحق الغرماء [illegible] بضمان القيمة واسقاط حق الغرماء عنها على الاستيلاد يصح الاستيلاد كما [illegible] استيلاد جارية الابن وعلى قولهما انه لا يجب العقر لانه [illegible] لا يلزمه العقر وانما يكون ضامنا حق الغرماء [illegible] المالية والمستوفى بالوطء ليس بمال ولا حق للغرماء [illegible] بعد موت المأذون وان أعتق المولى جارية المأذون وعليه دين يحيط بقيمتها وما فى يده ثم قضى الغرماء الدين أو أبرأه الغرماء أو بعضهم حتى صار فى قيمته وفيما فى يده فضل على الدين جاز عتق المولى الجارية لانه حين أعتقها كان سبب الملك له فيها تاما وحق الغرماء كان مانعا فاذا زال المانع بعد العتق كالوارث اذا أعتق عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين نفذ العتق لهذا المعنى ولو أعتق المولى جارية المأذون وعليه دين محيط فبطل العتق فى قول أبى حنيفة ثم وطئها المولى بعد ذلك فجاءت بولد فادعاه [illegible] جائزة [illegible] ضامن قيمتها للغرماء [illegible] فى الاستيلاد لا فى [illegible] اذا كان [illegible] الاعتاق [illegible] حرة لسقوط حق الغرماء عنها والاستيلاد (ألا ترى) أنه لو سقط حقهم عنها [illegible] الدين كانت حرة باعتاق المولى اياها وكذلك هاهنا وعلى المولى العقر للجارية [illegible] على الوطء الا أن قيام الدين كان مانعا من نفوذ ذلك العتق فاذا سقط حق الغرماء [illegible] المانع عنها بعد العتق من ذلك الوقت فتبين أنه وطئها بالشبهة وهى حرة فيلزمه [illegible] الوطء [illegible] [illegible] وقد [illegible] دعى المولى بعض رقيق

المأذون أنه ولده ولم يكن ولد فى ملك المأذون فدعواه باطلة فى قول أبى حنيفة وهى جائزة فى قول صاحبيه ويضمن قيمته للغرماء فان كان معسرا ضمن الولد ورجع به على أبيه لان دعوته دعوة التحرير فان أصل العلوق لم يكن فى ملكه ودعوة التحرير كالاعتاق وقد بينا هذا الحكم فى الاعتاق وقال ابن زياد اذا أعتق المولى أمة من كسب عبده المديون ثم سقط الدين لم ينفذ ذلك العتق وكذلك الوارث فى التركة المستغرقة بالدين لان ملكه حدث بعد الاعتاق وهو بمنزلة المضارب اذا أعتق عبد المضاربة ولا فضل فيه على رأس المال ثم ظهر الفضل فيه لا ينفذ ذلك العتق وكذلك المولى اذا أعتق كسب مكاتبه ثم عجز المكاتب لا ينفذ ذلك العتق ولكنا نقول هناك انما أعتق قبل تمام السبب وهو الملك لان مال المضاربة مملوك لرب المال وانما يملك المضارب حصة من الربح والمكاتب بمنزلة الحر من وجه فيمنع ذلك تمام سبب الملك للمولى فى كسبه فأما سبب الملك فتام للوارث فى التركة بعد موت المورث وللمولى فى كسب العبد فيتوقف عتقه على أن يتم بتمام الملك (ألا ترى) أنه لو مات نصرانى وترك ابنين نصرانيين وعليه دين مستغرق فأسلم أحد الابنين ثم سقط الدين كان الميراث للابنين جميعا ولو كان تمام سبب الملك عند سقوط الدين كان الميراث كله للابن النصرانى لان المسلم لا يرث الكافر فبهذا الحرف يظهر الفرق والله أعلم

باب جناية المأذون على عبده والجناية عليه

(قال رحمه الله) واذا جنى المأذون على حر أو عبد جناية خطأ وعليه دين قيل لمولاه ادفعه بالجناية أوافده لانه على ملك مولاه بعد ما لحقه الدين وفي البداءة بالدفع بالجناية مراعاة الحقين وفى البداءة بالبيع بالدين ابطال حق الجناية فيجب المصير الى ما فيه مراعاة الحقين واذا اختار الفداء فقد طهر العبد من الجناية فيبقى حق الغرماء فيه فيباع فى دينهم وان دفعه بالجناية اتبعه الغرماء فى أيدى أصحاب الجناية فباعوه فى دينهم الا أن يفديه أولياء الجناية لان أولياء الجناية انما يستحقون ملك المولى فيه بطريق الجزاء الا أن يثبت لهم فيه سبب متجدد فهم بمنزلة الوارث يخلفونه فى ملكه والعبد المديون اذا مات مولاه اتبعه الغرماء فى ملك الوارث فباعوه فى دينهم الا أن يقضى الوارث دينهم فكذلك يتبعونه فى يد صاحب الجناية فيباع فى دينهم الا أن يقضى صاحب الجناية دينهم وان كان للمأذون

جارية من تجارته فقتل قتيلا خطأ فان شاء المأذون دفعها وان شاء فداها ان كان عليه دين أولم يكن لان التدبير في كسبه اليه وهو فى التصرف بمنزلة الحر فى التصرف فى ملكه فيخاطب بالدفع أو الفداء بخلاف جنايته بنفسه فالتدبير فى رقبته ليس اليه (ألا ترى) أنه لا يملك بيع رقبته ويملك بيع كسبه فان كانت الجناية نفسا وقيمة الجارية ألف درهم ففداه المأذون بعشرة آلاف فهو جائز فى قياس قول أبي حنيفة ولا يجوز فى قولهما لان من أصلهما أن المأذون لا يملك الشراء بما لا يتغابن الناس فى مثله وعند أبي حنيفة يملك ذلك فيطهرها من الجناية باختيار الفداء بمنزلة شرائها بما يفديها به على القولين أو بمنزلة ما لو دفعها الى أولياء الجناية ثم اشتراها منهم بمقدار الفداء وان كانت الجناية عمدا فوجب القصاص عليها فصالح المأذون عنها جاز وان كان المأذون هو القاتل فصالح عن نفسه وعليه دين أو ليس عليه دين لم يجز الصلح لما بينا أنه فى التدبير فى كسبه بمنزلة الحر فى ملكه وفى التدبير فى نفسه هو بمنزلة المحجور عليه فلا يجوز صلحه فى حق المولى لانه يلتزم المال بما ليس بمال وهو غير منفك الحجر عنه فى ذلك ولكن التزامه فى حق نفسه صحيح فيسقط القود بهذا الصلح ويجب المال فى ذمته ويؤاخذ به بعد العتق بمنزلة مال التزمه بالكفالة أو بالنكاح ولو كان للمأذون دار من تجارته فوجد فيها قتيل وعليه دين أو لا دين عليه فالدية على عاقلة المولي فى قول أبي يوسف ومحمد لانه مالك لهذه الدار وان كان على عبده دين ودية المقتول الموجود فى الملك على عاقلة صاحب الملك باعتبار أنه بمنزلة القاتل له بيده وعند أبي حنيفة رحمه الله ان لم يكن على العبد دين محيط فكذلك وان كان على العبد دين محيط ففى القياس لا شئ علي عاقلة المولى لانه غير مالك للدار عنده ولكن يخاطب بدفع العبد أو الفداء لان حق العبد فى كسبه فى حكم الجناية كملك المالك فى ملكه فبهذا الطريق يجعل كان العبد قتله بيده ولكنه استحسن وجعل الدية على عاقلة المولى لان العبد ليس من أهل الملك والمولى أحق الناس بملك هذه الدار على معنى أنه يملكها اذا سقط الدين ويملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فيكون بمنزلة القاتل بيده باعتبار اقامة سبب الملك التام له فيها مقام الملك ونظيره التركة المستغرقة بالدين اذا وجد فى دار منها قتيل كانت الدية على عاقلة الوارث وهذا لان المانع من الملك بعد تمام السبب حق الغرماء وفى حكم الجناية الغرماء كالاجانب ويجعل فى القتيل الموجود فيها كأن المولى مالك لها لما تعذر اعتبار جانب الغرماء فى ذلك وعلى هذا لو شهد على المأذون فى حائط من هذه الدار

مائل فلم ينقضه حتى وقع على انسان فقتله فالدية على عاقلة المولى وقالا هذا بمنزلة القتيل يوجد فى هذه الدار ولم يذكر فيه قول أبى حنيفة وقيل هو كذلك على جواب الاستحسان عند أبى حنيفة لما قلنا وهو بخلاف ما اذا وقع على دابة فقتلها فان قيمتها فى عنق العبد يباع فيها أو يفديه لان حق صاحب الدين يتعلق بالمالية والمولى من ماليته أجنبي لحق غرمائه فلهذا كان ذلك في عنق العبد بمنزلة جنايته على المال بيده وأما حق أولياء الجناية فلا يثبت فى المالية التى هى حق الغرماء ولهذا كان موجب جنايته بيده علي مولاه يخاطب بالدفع أو الفداء ففى جناية يترك هدم الحائط المائل أو يترك صيانة داره حتى وجد فيها قتيل يستحق موجبه علي المولى أيضا واذا كان موجب الجناية على المولى صار المولى فيه كالمالك للدار وكان الاشهاد وجد عليه بطريق أن جناية مملوكه كجنايته فتكون الدية على عاقلة المولى ولو كان علي المأذون دين فجنى جناية فباعه المولى من أصحاب الدين بدينهم ولا يعلم بالجناية فعليه قيمته لاصحاب الجناية لان حق أولياء الجناية لا يمنع المولى من بيع الجانى فاذا نفذ بيعه كان مفوتا على أولياء الجناية حقهم فان كان عالما بالجناية فعليه الارش وان لم يكن عالما فعليه قيمته كما لو أعتقه ولو لم يبعه من الغرماء ولم يحضروا ولكن حضر أصحاب الجناية فدفعه اليهم بغير قضاء قاض فالقياس فيه أن يضمن قيمته للغرماء لانه صار متلفا على الغرماء محل حقهم باخراجه عن ملكه باختياره فيكون بمنزلة ما لو أعتقه وفى الاستحسان لا ضمان عليه لان حق أولياء الجناية ثابت فى عنقه والمولى فعل بدون قضاء القاضى غير ما يأمر به القاضى ان لو رفع الامر اليه فيستوى فيه القضاء وغير القضاء بمنزلة الرجوع فى الهبة ثم هو ما فوت على الغرماء محل حقهم فان العبد محل للبيع فى الدين فى ملك أولياء الجناية كما لو كان الدفع اليهم بقضاء قاض وانما يضمن القيمة باعتبار تفويت محل حقهم فان جعلنا هذا تسليما لما هو المستحق بالجناية لا يفوت به محل حقهم وان جعلناه تمليكا مبتدأ لا يفوت به محل حقهم أيضا لانهم يتمكنون من بيعه كما لو باعه أو وهبه ثم لا فائدة فى هذا القبض لان بعد القبض يجب دفعه اليهم بالجناية ثم بيعه فى الدين فلهذا لم يضمن المولى شيأ بخلاف ما سبق من بيعه اياه فى الدين فقيه تفويت محل حق أولياء الجناية على معنى أن البيع تمليك مبتدء ولا سبيل لاولياء الجناية على نقض ذلك ولو لم يدفع بالجناية حتى طالبه الغرماء بدينهم ولم يحضر صاحب الجناية وقد أقر به المولى والغرماء عند القاضى لم يبعه فى الدين حتى يحضر صاحب الجناية فيدفعه اليه المولى او يفديه ثم يبيعه الغرماء لان فى بيعه

فى الدين من القاضى ابطال حق أو لياء الجناية أصلا فانه يفوت به محل حقهم ولا يكون المولى ضامنا شيأ اذا كان القاضي هو الذى يبيعه وفى التأخير الي أن يحضر صاحب الجناية اضرار بالغرماء من حيث تأخر حقهم للانتظار وضرر التأخير دون ضرر الانتظار فلهذا يصير الى الانتظار وان قضى القاضي أن يباع لهم وصاحب الجناية غائب فالبيع جائز لان حق الغريم ثابت فى ماليته وهو طالب بحقه ولا يدرى أن صاحب الجناية هل يحضر فيطلب حقه أو لا يحضر فلا يمتنع نفوذ قضاء القاضى ببيعه لهذا ثم لا شئ لاصحاب الجناية أيضا أما على المولى فلان القاضى هو الذى باعه وبيع القاضي لا يصير المولى مفوتا محل حق صاحب الجناية والقاضي فيما يقضي مجتهد فلا يكون ضامنا شيأ والعبد بعد العتق ليس عليه من موجب جنايته شي‌ء فان باعه القاضى من أصحاب الدين أو من غيرهم با كثر من الدين كان الفضل عن الدين لصاحب الجناية لان الثمن بدل العبد وكان حقهم ثابتا فى العبد فيثبت فى بدله (ألا ترى) أن العبد الجانى اذا قتل ثبت حق أولياء الجناية فى قيمته فكذلك يثبت حقهم فى الثمن الا أنه لا فائدة فى استرداد مقدار الدين من الغرماء لحقهم فيجعل الفضل على ذلك لهم وان كان ذلك الفضل أكثر من قيمة العبد الا أن يكون أكثر من أرش الجناية فحينئذ حق أولياء الجناية فى مقدار الارش وما فضل عن ارش الجناية فهو للمولى لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق الغير وكذلك ان باعه المولي بامر القاضى فهذا وبيع القاضي سواء وان باعه بغير أمر القاضى بخمسة آلاف درهم وهو لا يعلم بالجناية وقيمته ألف درهم ودينه ألف وجنايته قتل رجل خطأ فانه يدفع من الثمن الى صاحب الدين مقدار دينه وهو ألف والي صاحب الجناية مقدار قيمته وهو ألف درهم والباقى للمولى لانه قد أوفى صاحب الدين كمال حقه ولم يلتزم لصاحب الجناية الا قيمة العبد ليفوت محل حقه ببيعه بنفسه اختيارا فاذا دفع اليه مقدار قيمته كان الباقى للمولى فاذا قتل المأذون عمدا وعليه دين أو لا دين عليه فعلي قاتله القصاص للمولى لانه باق على ملكه بعد ما لحقه الدين ووجوب القصاص له باعتبار ملكه ولا شئ للغرماء لان حقهم فى ماليته وقد فات ولم يخلف بدلا فالقصاص ليس ببدل عن المالية وحقهم فى محل تمكن ايفاء الدين منه وايفاء الدين من القصاص غير ممكن فان صالح المولى القاتل من دمه على مال قليل أو كثير جاز وأخذه الغرماء بدينهم ان كان من جنسه وان كان من غير جنسه بيع لهم لان القصاص بدل العبد وقد كانوا أحق به وذلك يوجب كونهم أحق ببدله

الا انه لم يكن البدل محلا صالحا لايفاء حقهم منه فاذا وقع الصلح عنه علي مال صار محلا صالحا لذلك فيثبت حقهم فيه بمنزلة الموصي له بالثلث والغريم لا يثبت حقه فى القصاص فان وقع الصلح عنه على مال ثبت حقه فيه ونفذ الصلح من المولى على أى قدر من البدل كان لانه لا ضرر فيه على الغرماء بل فيه توفير المنفعة عليهم بتحصيل محل هو صالح لايفاء حقهم منه ولو لم يقتل المأذون ولكن قتل عبدا له ولا دين على المأذون فعلى القاتل القصاص للمولي دون المأذون لان كسبه خالص ملك المولي وولاية استيفاء القصاص باعتبار الملك ولانه خرج بالقتل من أن يكون كسبا للعبد لان كسبه مما يتمكن هو من التجارة فيه وذلك لا يتحقق فى العبد المقتول ولا فى القصاص الواجب فكان المولى أخذه منه فيكون القصاص للمولي وان كان على المأذون دين كثير أو قليل فلا قصاص على القاتل وان اجتمع على ذلك المولى والغرماء لان المولى ممنوع من استيفاء شئ من كسبه ما بقي الدين عليه قل الدين أو كثر فلا يتمكن هو من استيفاء القصاص بدلا عن كسبه والغرماء لا يتمكنون من ذلك لان حقهم فى المالية والقصاص ليس بمال فلانعدام المستوفى لايجب القصاص واذا لم يجب القصاص باصل القتل لايجب وان اجتمعا على استيفائه وهو نظير عبد المضاربة اذا قتل وفى قيمته فضل على رأس المال لايجب القصاص وان اجتمع المضارب ورب المال علي استيفائه لهذا المعنى وعلى القاتل قيمة المقتول فى ماله فى ثلاث سنين لان القصاص لما لم يجب لاشتباه المستوفى وجب المال ووجوبه بنفس القتل فيكون مؤجلا فى ثلاث سنين ولكنه فى مال الجانى لانه وجب بعمد محض فلا تعقله العاقلة الا أن تبلغ القيمة عشرة آلاف فحينئذ ينقص منها عشرة لان بدل نفس المملوك بالجناية لا يزيد على عشرة آلاف الا عشرة ويكون ذلك لغرماء العبد لانه بدل المقتول وهو محل صالح لايفاء حقهم منه واذا جنى عبد لرجل جناية خطأ فأذن له فى التجارة وهو يعلم بالجناية أو لا يعلم فلحقه دين لم يصر المولى مختارا ويقال له ادفعه أو افده لان بالاذن له فى التجارة ولحوق الدين اياه لا يمنع دفعه بالجناية (ألا ترى) أنه لو قارن ذلك بالجناية لم يمنع دفعه بها فكذلك اذا اعترض وانما يصير المولى مختارا للفداء باكتساب سبب يعجزه عن الدفع بالجناية بعد العلم بها ولم يوجد فان دفعه بالجناية تبعه الغرماء فيبيع لهم الا أن يفديه صاحب الجناية بالدين لان ماليته صارت حقا للغرماء فان فداه صاحب الجناية بالدين أو بيع فى الدين رجع صاحب الجناية على المولى بقيمة العبد فسلمت له لانهم استحقوا

بجنايتهم عبدا فارغا وانما دفع اليهم عبدا هو مستحق المالية بالدين فاذا استحق من دينهم بذلك السبب كان لهم حق الرجوع على المولى بقيمته بخلاف ما اذا كانت الجناية من العبد بعد مالحقه الدين فان هنالك ما استحقوا العبد الا وهو مشغول بالدين مستحق المالية وقد دفعه اليهم كذلك وهو نظير من اغتصب عبدا مديونا ثم رده على المولى فبيع فى الدين لم يرجع على الغاصب ولو غصبه فارغا فلحقه دين عند الغاصب بان أفسدمتاعا ثم رده فبيع فى الدين رجع المولى على الغاصب بقيمته * يوضحه ان استحقاق المالية بالدين كان بسبب باشره المولى بعد تعلق حق أولياء الجناية به وهو الاذن له فى التجارة فصار كانه أتلف عليهم ذلك ولا يقال حق أولياء الجناية فى نفس العبد لا فى ماليته فكيف يغرم المولى لهم باعتبار اكتساب سبب استحقاق المالية وهذا لان استحقاق نفس العبد بالجناية لا يكون الا باعتبار ماليته (ألا ترى) أن الجانى الذى ليس بمال لا يستحق نفسه باعتبار المالية وكذلك اذا كان مدبرا أو أم ولد وانما يستحق نفس القن الذى هو محتمل للتمليك باعتبار المالية وكذلك ان كان المولى اذن له في التجارة فلم يلحقه دين حتى جنى جناية ثم لحقه الدين لان استدامة الاذن بعد الجناية من المولى بمنزلة انشائه وكذلك لو رآه يشترى ويبيع بعد الجناية فلم ينهه فسكوته عن النهى بمنزلة التصريح بالاذن له فى التجارة وكذلك لو كان الدين لحقه قبل الجناية لم يرجع ولى الجناية على المولى بالقيمة لانهما استحقه بالجناية الا وهو مشغول بالدين وان كان لحقه ألف درهم قبل الجناية على المولى بالقيمة لانه ما استحقه بالجناية الا وهو مشغول بالدين وان كان لحقه ألف درهم قبل الجناية وألف درهم بعد الجناية وقيمته ألف درهم ثم دفع العبد بالجناية بيع فى الدينين جميعا فان بيع أو فداه أصحاب الجناية بالدينين فانهم يرجعون على المولى بنصف القيمة وهو حصة أصحاب الدين على الآخر اعتبارا لكل واحد من الدينين بما لو كان هو وحده وهذا لان نصف الثمن الذى أخذه صاحب الدين الآخر انما أخذه باستدامة الاذن من المولى بعد الجناية لانه كان متمكنا من الحجر عليه ولو حجر عليه لم يلحقه الدين الآخر فى حال رقه فلهذا صار المولى ضامنا لما وصل الى صاحب الدين الآخر من مالية العبد * فان قيل كيف يستقيم هذا ولو لم يلحقه الدين الآخر لم يسلم لاولياء الجناية شئ من ماليته أيضا لان الدين الاول محيط بماليته فينبغى أن لا يضمن المولى لهم شيأ * قلنا نعم ولكن ما أخذه أصحاب الدين الآخر لا يسلم لهم الا بعد سقوط حق صاحب الدين الاول عن ذلك وباعتبار سقوط حقه عنه هو

سالم لصاحب الجناية لولا استدامة المولى الاذن له حتى لحقه الدين الآخر فلهذا ضمن المولى ذلك لصاحب الجناية واذا قتل العبد المأذون أو المحجور رجلا خطأ ثم أقر عليه المولى بدين يستغرق رقبته فليس هذا باختيار منه لان اقرار المولى عليه لا يمنعه من الدفع بالجناية فان هذا الدين لا يكون أقوى من الدين الذى يلحقه بتصرفه فان دفعه بيع فى الدين الا أن يفديه ولي الجناية لان الدين ثبت عليه باقرار المولى فاشتغلت ماليته بالدين كما لو رهن عبده الجانى ثم يرجع ولى الجناية على المولى بقيمته لما بينا أنه أتلف عليه ماليته باكتسابه سبب اشتغاله بحق المقر له بعد ما ثبت فيه حق ولى الجناية ولو كان المولى أقر عليه بقتل رجل خطأ ثم أقر عليه بقتل رجل خطأ وكذبه فى ذلك أولياء الجناية الاولى فانه يدفعه بالجنايتين أو يفديه لان اقراره عليه بالجناية بمنزلة التصرف منه فيه وحق ولي الجناية فيه لا يمنع نفوذ تصرف المولى فما ثبت باقراره من الجناية بمنزلة الثابت بالبينة أو بالمعاينة في حقه فيدفعه بالجنايتين فان دفعه اليهما نصفين رجع أولياء الجناية الاولى على المولى بنصف قيمته لانهم كانوا استحقوا جميع العبد بالجناية حين أقر لهم المولى بذلك ثم صار المولى متلفا عليهم نصف الرقبة باقراره بالجناية الاخرى وقد تم ذلك الاتلاف بدفع النصف الى المقر له فلهذا يغرم له نصف قيمته ولا يغرم للمقر له الثانى شيأ لانه ما ثبت حقه الا فى النصف فانه حين أقر له بالجناية كانت الجناية الاولى ثابتة وهى مزاحمة للأخرى فيمنع ثبوت حق المقر له الثانى فيما زاد على النصف وقد سلم نصف العبد وان كان عليه دين يستغرق رقبته فأقر المولى عليه بجناية لم يجز اقراره لان استغراق رقبته بالدين يمنع المولى من التصرف فيه والاقرار عليه بالجناية تصرف فلا يصح الا أن يفديه من الدين فيزول المانع به ويصير كالمحدود لاقراره بعد ما سقط الدين فيؤمر بأن يدفعه بالجناية أو يفديه ولو قتل العبد رجلا عمدا وعليه دين فصالح المولى صاحب الجناية منها على رقبة العبد فان صلحه لا ينفذ على صاحب الدين لانه يملك رقبته عوضا عما لا يتعلق به حق صاحب الدين ولو ملكه عوضا عما يتعلق به حقهم لم ينفذ عليهم كالبيع فهذا أولى ولكن ليس لصاحب الدم أن يقتله بعد ذلك لان صلحه كعفوه وأكثر ما فيه ان البدل مستحق لصاحب الدين ولكن استحقاق البدل فى الصلح من دم العمد لا يمنع سقوط القود ثم يباع العبد فى دينه فان بقى من ثمنه شئ بعد الدين كان لصاحب الجناية لان حكم البدل حكم المبدل وهم قد استحقوا نفس العبد بالصلح متى سقط صاحب الدين عنه (ألا ترى) أنه لو أبرأه عن الدين كان العبد

سالما لاصحاب الجناية فلذلك لم يسلم لهم ما يفرغ من بدله من حق صاحب الدين فان لم يبق من ثمنه شئ فلا شئ لصاحب الجناية على المولى ولا على العبد فى حال رقه ولا بعد العتق لان المولى ما التزم لصاحب الجناية شيأ فى ذمته بالصلح وانما سلم للعبد القصاص بالعقد وهو لا يضمن بالمال عند الاتلاف فكذلك لا يضمنه العبد باحتباسه عنده أو سلامته له ولو لم يصالح ولكن عفا أحد أولياء الدم فان المولى يدفع نصفه الى الآخر أو يفديه لان حق الذى أسقط لم يظهر فى حق الذى لم يعف فهذا وما لو كانت الجناية خطأ فى الابتداء سواء فيدفع المولى اليه نصيبه أو يفديه ثم يباع جميع العبد فى الدين لان حق الغريم لا يسقط عن مالية العبد بدفع جميعه بالجناية فكذلك بدفع نصفه ولو أقر العبد أنه قتل رجلا عمدا وعليه دين كان مصدقا فى ذلك صدقه المولى أو كذبه لان موجب اقراره استحقاقه دمه ودمه خالص حقه فان العبد يبقى فيه على أصل الحرية ثم حق الغريم فى ماليته لا يكون أقوى من ملك مولاه وملك المولى لا يمنع استحقاق دمه باقراره على نفسه بالقود فكذلك حق الغريم وان عفا أحد أولياء الجناية بطلت الجناية كلها لان نصيب العافى قد سقط بالعفو ولو بقى نصيب الذى لم يعف لكان موجبه الدفع بمنزلة جناية الخطأ واقرار العبد بالجناية خطأ باطل اذا كذبه المولى فيه فيباع فى الدين الا أن يفديه المولى بجميع الدين فان فداه وقد صدق العبد بالجناية قيل له ادفع النصف الى الذى لم يعف وان كان كذبه فى ذلك كله فالعبد كله للمولى اذا فداه بالدين لان حق الذى لم يعف غير ثابت فى حق المولى اذا كذب العبد فيه واذا وجد المأذون فى دار مولاه قتيلا ولا دين عليه فدمه هدر وان كان عليه دين كان على المولى فى ماله حالا الاقل من قيمته ومن دينه بمنزلة ما لو قتل المولى القتيل بيده (ألا ترى) أنه لو وجد عند الغير قتيلا فى داره جعل كأنه قتله بيده فكذلك اذا وجد عنده قتيلا فيه ولو قتله بيده عمدا أو خطأ كان عليه الاقل من قيمته ومن الدين فى ماله حالا لان وجوب الضمان عليه باعتبار حق الغريم فى المالية ولو وجد عبد من عبيد المأذون قتيلا فى دار المولى ولا دين على المأذون فدمه هدر لانه مملوك للمولى بمنزلة رقبة المأذون ولانه كالقاتل له بيده وان كان على المأذون دين محيط بقيمته وكسبه فعلى المولى قيمته فى ماله فى ثلاث سنين فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما عليه قيمته حالا وان كان الدين لا يحيط

بجميع ذلك كانت القيمة حالة فى قولهم جميعا بمنزلة مالو قتله المولى بيده وهذا بناء على ماتقدم ان الدين اذا لم يكن محيطا فالمولى مالك لكسبه كما هو مالك لرقبته فيكون الضمان عليه لحق الغريم فى ماليته وان كان الدين محيطا فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة هو لا يملك كسبه فى هذه الحالة فقتله اياه بمنزلة قتله عند الاجنبي فتكون القيمة مؤجلة فى ثلاث سنين لان وجوبها باعتبار القتل ولكنها عليه فى ماله لانه من وجه كالمالك على معنى انه يتمكن من استخلاصه لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فلا تعقله العاقلة لذلك وان قتل المولى مكاتبه أو عبد مكاتبه عمدا أو خطأ أو وجد المكاتب قتيلا فى دار مولاه يجب على المولى قيمة القتيل فى ماله فى ثلاث سنين لان وجوب القيمة هاهنا باعتبار القتل فان كسب المكاتب غير مملوك للمولى رقبته من وجه كالزائلة عن ملك المولى على ماعرف ان المكاتب صار بمنزلة الحر يدا فتجب على المولى القيمة بنفس القتل فتكون مؤجلة ولكنها تجب فى ماله لان رقبته مملوكة له من وجه وله فى كسبه حق الملك على معنى أنه يملكه حقيقة عند عجز المكاتب فلا تعقله العاقلة كذلك وهذا اذا كان فى القيمة وفى تركته وفاء لمكاتبه لانه حينئذ يبقى عقد الكتابة ويؤدى البدل من كسبه وبدل نفسه فيحكم بحريته فان لم يكن وفاء فيهما فلا شئ على المولى فى قتل مكاتبه لان الكتابة انفسخت بموته عاجزا فتبين انه قتل عبده ولا دين عليه ولو وجد المولى قتيلا فى دار العبد المأذون كانت دية المولى على عاقلته فى ثلاث سنين لورثته فى قياس قول أبى حنيفة وفى قولهما دمه هدر لان هذه الدار فى حكم القتيل الموجود فيها بمنزلة دار أخرى للمولى حتى لو وجد فيها أجنبي قتيلا كانت ديته على عاقلة المولى فاذا وجد المولى قتيلا فيها فهذا رجل وجد قتيلا فى دار نفسه وهذا الخلاف معروف فيما اذا وجد قتيلا فى دار نفسه وسنبينه فى كتاب الديات ولو وجد العبد قتيلا فى دار نفسه ولا دين عليه فدمه هدر لان داره مملوكة للمولى فكانه وجد قتيلا فى دار المولى وان كان عليه دين فعلى المولى الاقل من قيمته ومن ديته حالا فى ماله بمنزلة ما لو وجد قتيلا فى دار أخرى للمولى لان دار العبد فى حكم القتيل الموجود فيها بمنزلة دار المولى فكذلك اذا وجد العبد فيه قتيلا وذكر فى المأذون الصغير ان هذا استحسان سواء كان عليه دين أو لم يكن ولو وجد الغريم الذى له الدين قتيلا فى دار العبد المأذون كانت ديته على عاقلة مولاه فى ثلاث سنين لانه فى ملك داره كغيره من الاجانب وانما حقه فى دين ذمته متعلق بمالية كسبه

وبذلك لا يختلف حكم جنايته عليه ثم لا يبطل ديته على العبد بمنزلة ما لو وجد قتيلا فى دار أخرى للمولى وكذلك لو كان القتيل عبدا للغريم كانت قيمته على عاقلة المولى فى ثلاث سنين عبده فى ذلك كعبد غيره واذا أذن المكاتب لعبده فى التجارة فوجد فى دار المأذون قتيل وعليه دين أو لادين عليه فعلى المكاتب قيمة رقبته لاولياء القتيل فى ماله حالة بمنزلة مالو وجد قتيلا فى دار أخرى من كسب المكاتب لان المكاتب فى كسبه بمنزلة الحر فى ملكه فيصير كالجانى بيده وجناية المكاتب توجب الاقل من قيمته ومن ارش الجناية فهذا مثله ولو كان الذى وجد قتيلا فى دار العبد هو المكاتب كان دمه هدرا كما لو وجد قتيلا فى دار أخرى له وهذا لانه يصير كالجانى على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين المكاتب والحر فى ذلك لان موجب جناية الحر على العاقلة وموجب جناية المكاتب على نفسه فلا يستقيم أن يجب له على نفسه وسنقرر هذا الفرق فى كتاب الديات ان شاء الله تعالى ولو كان المأذون هو الذى وجد قتيلا فى داره كان على المكاتب الاقل من قيمته ومن قيمة المأذون فى ماله حالا لغير المأذون لان هذه الدار فى حكم القتيل الموجود فيها كدار أخرى للمكاتب ولو وجد العبد قتيلا فى دار أخرى للمكاتب كان المكاتب كالجانى عليه بيده فيلزمه أقل القيمتين فى ماله حالا لغرمائه فكذلك اذا وجد فى هذه الدار قتيلا والله أعلم بالصواب

باب مايجوز للمأذون أن يفعله وما لايجوز

(قال رحمه الله) وليس للمأذون أن يكاتب عبده لانه منفك الحجر عنه فى التجارة والكتابة ليست بتجارة ولكنها عقد ارفاق يقصد بها الاعتاق والمأذون فيما ليس بتجارة كالمحجور كالتزويج ثم الفك بالكتابة فوق الفك الثابت بالاذن ولا يستفاد بالشئ ما هو فوقه فى محل فيه حق الغير فان كاتبه وأجاز مولاه الكتابة جاز اذا لم يكن عليه دين لان هذا عقد له منجز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وبيانه ان كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك فيه الاجازة ثم لا سبيل للعبد على قبض البدل بل كل ذلك الى المولى لان العبد نائب عنه كالوكيل والكتابة من العقود التى يكون العاقد فيها معتبرا فيكون قبض البدل الى من نفذ العقد من جهته وان دفعها المكاتب الى العبد لم يبرأ الا أن يوكله المولى بقبضها لان العبد فى حكم قبض

بدل الكتابة كاجنبي آخر وكذلك ان لحقه دين بعد اجازة المولى الكتابة لان باجازته صار المملوك مكاتبا له وخرج من أن يكون كسبالعبده فالدين الذى يلحق العبد فيه ذلك لايتعلق برقبته ولا بكسبه كما لو أخذه المولى من يده وكاتبه أو لم يكاتبه ولوكان عليه دين كثير أو قليل فكتابته باطلةوان أجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولي من ذلك قل الدين أو كثر كما لو أخذه من يده وعليه دين فان لم يرد الكتابة حتى أداها فان كان المولى لم يجزها لم يعتق ورد رقيقا للمأذون فبيع فى دينه وصرف ماأخذه منه من المكاتبة في دينه لان الكتابة بدون اجازة المولى لغو وهو موقوف علي اجازته فاداء بدل الكتابة فى حال توقف العتق لا يوجب العتق له والعبد حين قبض البدل منه يصير كالمعتق له واعتاقه لغو والمقبوض من اكسابه يصرف الى دين المأذون مع رقبته بطريق البيع فيه وان كان المولى أجاز المكاتبة وأمر العبد بقبضها وعلى العبد دين يحيط برقبته وبما فى يده فادي المكاتب المكاتبة فهذا والاول سواء فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لان المولى لايملك كسبه حتى لاينفذ منه مباشرة الكتابة والاعتاق فيه فلا يعمل اجازته أيضا ولا يعتق بقبض البدل منه كما لو أعتقه قصدا وفى قولهما هو حر لان المولي يملك كسبه وان كان دينه محيطا حتى لو أعتقه ينفذ عتقه فكذلك اذا أجاز مكاتبته وقبض البدل هو أو العبد بأمره يجعل كالمعتق له فيكون حرا والمولي ضامن لقيمته للغرماء لان ماليته كانت حقا لهم وقد أتلفها المولي عليهم وكذلك المكاتبة التي قبضها المولى تؤخذ منه فتصرف الى الغرماء لانه أدي المكاتبة من كسبه والغرماء أحق بكسبه من المولي فلا يسلم ذلك للمولي ما بقى من دينهم ولو كان دين المأذون لا يحيط به وبما له عتق عندهم جميعا لان اجازة المولى الكتابة كمباشرته ولو كاتبه وقبض البدل عتق فان الدين اذا لم يكن محيطا لايمنع ملكه ولا اعتاقه ثم يضمن قيمته للغرماء ويأخذ الغرماء المكاتبة التى قبضها المولي أو المأذون من دينهم لان حقهم فى كسبه ومالية رقبته مقدمة على حق المولي وقد أتلف المولي مالية رقبته بالاعتاق وليس للمأذون أن يكفل بنفس ولا مال لان الكفالة من عقود التبرعات باعتبار أصل الوضع والتبرع ضد التجارة وانفكاك الحجر عنه فى التجارة خاصة وهذا بخلاف التوكيل فى الحجر بالشراء لانه ليس بتبرع باعتبار أصل الوضع بل هو من عمل التجارة (ألا ترى) ان التجار لا يتحرزون عن ذلك ويتحرزون عن الكفالة غاية التحرز وكذلك لا يهب ولا

يتصدق بالدرهم والثوب وما أشبه ذلك ولا يعوض ما وهب له بغير شرط لان هذا كله تبرع باعتبار أصل الوضع ولا يقرض لانه تبرع قال عليه السلام قرض مرتين صدقة مرة فان أجاز المولي هذه التبرعات منه فان لم يكن عليه دين فلا بأس به وان كان عليه دين لم يجز شئ من ذلك لان كسبه اذا لم يكن عليه دين فمالية رقبته ومنافعه كلها لمولاه فاجازته كمباشرته وان كان عليه دين فحق الغرماء فى ذلك مقدم على حق المولى فلهذا لا يجوز شئ من ذلك واذا أهدى العبد المأذون هدية أو دعا رجلا الى منزله فغداه أو أعاره دابة يركبها أو ثوبا يلبسه فلا بأس به ولا ضمان فيه على الرجل ان هلك شئ من ذلك عنده كان على العبد دين أولم يكن وفى القياس هذا كله باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله ولكنه استحسن فقال وهذا مما يصنعه التجار ولا يجدون منه بدا فى التجارة فانهم يحتاجون الى استجلاب قلوب المهاجرين الي أنفسهم واعارة موضع الجلوس والوسادة ممن يأتيهم ليعاملهم فلو لم نجوز ذلك من المأذون لادى الى الحرج والحرج مدفوع وأيد هذا الاستحسان ما روينا أن النبي عليه السلام كان يجيب دعوة المملوك وان سلمان رضي الله عنه أهدى الى النبي عليه السلام وهو مملوك فقبله وأكل أصحابه رضى الله عنهم وأتاه بصدقة فأمر أصحابه باكلها ولم يأكل منها وعن عمر رضي الله عنه انه سئل عن العبد يتصدق بشئ فقال بالرغيف ونحوه وبه نأخذ فنقول يتصدق المأذون بالطعام ولا يتصدق بالدراهم والكسوة ونحو ذلك لان أمر الطعام مبني على التوسع ولهذا جاز للمرأة أن تتصدق بمثل ذلك من مال الزوج دون استطلاع رأى الزوج فان الناس لا يمتنعون من ذلك عادة والمكاتب فى جميع ذلك كالعبد لان الرق الحاجز له عن التبرعات قائم فيه الا أن فى حق المكاتب لا يجوز ذلك الا باذن المولى بخلاف المأذون اذا لم يكن عليه دين لان كسب المأذون خالص ملك المولى والمولى ممنوع من كسب المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن ولو أعتق المأذون أمته على مال لم يجز لان هذا التصرف ليس بتجارة فان أجازه المولى جاز ان لم يكن عليه دين كما لو باشره بنفسه والمال دين للمولى عليها ولا يجوز قبض المأذون له منها لانه فى العقد كان معبرا عن المولى فهو فى قبض البدل كاجنبي آخر وان لحقه دين بعد اجازة المولى لم يكن للغريم فى ذلك المال حق لانه كسب حر فلا يتعلق به حق غرماء المأذون وان كان على المأذون دين لا يحيط برقبته وبما فى يده جاز العتق باجازة المولي أيضا لكونه مالكا فيها وعليه قيمتها للغرماء

لان حقهم فى ماليتها وقد أتلفها المولى بالاجازة ثم المال عليها للمولى لا حق لغرماء المأذون فى ذلك بخلاف ما تقدم من الكتابة لان الامة هاهنا تعتق بنفس القبول وما تكتسب بعد ذلك خالص ملكها فانما يؤدى بدل الكتابة من كسب اكتسبه فى حال رقه وحق الغرماء فيه مقدم على حق المولى وان كان الدين يحيط بالمأذون وبما فى يده فكذلك فى قولهما وفي قول أبي حنيفة لا تعتق لانه لا حق للمولى فى كسب المأذون فى هذه الحالة ولو تزوج المأذون امرأة حرة بغير اذن مولاه ودخل بها يفرق بينهما لان النكاح ليس بتجارة فالمأذون فيه كالمحجور ولكن يلزمه المهر بالدخول بشبهة العقد الا انه لا يؤاخذ بالمهر حتى يعتق لان هذا دين لزمه بسبب عقد هو غير مأذون فيه من جهة المولى فيؤخر الي مابعد العتق كدين الكفالة وقد بينا فى النكاح أن المأذون لا يزوج عبده وان في تزويجه أمته خلافا وللمأذون أن يدفع المال مضاربة بالنصف لان له أن يستأجر أجيرا يعمل فى ماله باجر مضمون فى ذمته والاستئجار للعمل ببعض الربح يكون أنفع له وهو من صنيع التجار وكذلك يأخذ مالا مضاربة بالنصف لانه يشترى بثمن فى ذمته ولا يرجع به على غيره ليستفيد الربح فلان يملك الشراء على وجه يرجع فيه بالعهدة على غيره ويحصل الربح لنفسه كان أولي واذا اشترك العبد ان المأذون لهما فى التجارة شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة فهو بمنزلة ما لو اشتركا شركة مفاوضة فان الشركة بينهما تكون عنانا لا مفاوضة لما فيها من معنى الكفالة فان أذن لهما الموليان فى الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فهو جائز كما لو أذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة أو التوكل بالشراء بالنسيئة واذا اشترى المأذون وعليه دين أو لادين عليه ثوبا بعشرة وباعه من مولاه بخمسة عشر لم يبعه المولى مرابحة الا على عشرة لتمكن تهمة المسامحة فى المعاملة بينه وبين المولي ولو كان المولى اشتراه بعشرة ثم باعه من العبد بخمسة عشر أو باعه من أمة لعبد مأذون لها في التجارة فتهمة المسامحة بينهما متمكنة وكذلك لو كان المأذون اشتراه ثم باعه من مكاتب للمولى أو عبد آخر له أو من عبد لمكاتب المولى أو من مضارب للمولى أو من مضارب المكاتب لم يبعه مرابحة الا على أقل الثمنين ولو باعه من ابن المولي أو أبيه أو امرأته فكذلك فى قول أبي حنيفة لتمكن التهمة بينه وبين من لا تجوز شهادته له وفى قولهما يبيعه مرابحة على خمسة عشر لانه ليس للمولى

فى مال هؤلاء ملك ولا حق ملك وقد بينا هذا فى البيوع والله أعلم

باب الغرور فى العبد المأذون له

(قال رحمه الله) واذا جاء الرجل بالعبد الى السوق فقال هذا عبدى فبايعوه فقد أذنت له فى التجارة فبايعوه وبايعه أيضا من لم يحضر هذا القول ولم يعلم فلحقه دين ثم علم انه كان حرا أو استحقه رجل فعلى الذى أمرهم بمبايعته الاقل من قيمته ومن الدين للذين أمرهم بمبايعته ولسائرهم لانه بما صنع صار غارا لهم فان أمره اياهم بالمبايعة معه يكون تنصيصا على انه يصرف ماليته الى ديونهم اذا لحقه دين ويصير الآمر بمنزلة الكفيل لهم بذلك (ألا ترى) ان العبد لو كان مملوكا له كما قاله كان حقهم ثابتا فى ماليته وكان المولى كالكفيل لهم عن عبده بقدر مالية الرقبة فاذا تحقق معنى الغرور ثبت لهم حق الرجوع عليه بما وجد فيه الغرور أو الكفالة وهو الاقل من قيمته ومن ديونه ومن خاطبه بكلامه ولم يحضر مقالته ولم يعلم به فى ذلك سواء لان هذا حكم ينبنى على ثبوت الاذن والاذن اذا كان عاما منتشرا يكون ثابتا فى حق من علم به وفى حق من لا يعلم فكذلك الاذن وما ينبنى عليه من الغرور والكفالة ويستوى ان كان قال فقد أذنت له فى التجارة أو لم يقل لانه لما قال هذا عبدى فبايعوه فالغرور والكفالة تثبت باضافته الى نفسه وأمره اياهم بمبايعته فمن ضرورة ذلك الاذن له فى التجارة ولا يضمن لهم شيأ من مكسوبه لان الكسب لم يكن موجودا عند مقالة المولى ولا يدرى أيحصل أم لا يحصل فلا يثبت فيه حكم الكفالة والغرور وان شاؤا رجعوا بدينهم على الذى ولى مبايعتهم ان كان حرا لانه باشر سبب التزام الدين وهو من أهله وان كان عبدا لم يرجعوا عليه بشئ حتى يعتق لان مولاه لم يرض بتصرفه وتعلق الدين بماليته وان اختاروا ضمان المولى ثم توى ماعليه اتبعوا العبد بجميع دينهم اذا عتق لان التزامه فى ذمته صحيح والمولى كان كفيلا عنه بقدر مالية الرقبة فاذا لم يصل اليهم من جهة الكفيل كان لهم أن يرجعوا على الاصيل بجميع دينهم اذا عتق ولو لم يكن هذا ولكن العبد أقام البينة ان مولاه الذى أذن له كان دبره قبل أن يأذن أو كاتب أمه فان قامت البينة انها أم ولد له فهذا بمنزلة المستحق لانه تعذر عليهم استيفاء ديونهم من مالية الرقبة لثبوت حق عتقه لهم عند مقالة المولى فنزل ذلك منزلة حق المستحق أو حقيقة الحرية اذا قامت البينة على حريتهم

واذا اختاروا أن يضمنوا المولى قيمة المدبر وأم الولد فلا سبيل لهم عليهما فيما بقي من دينهم حتى يعتقا لان كسبهما ملك المولي وقد غرم المولى لهم مالية الرقبة فلا يبقى لهم سبيل على كسب هو مملوك له ولو جاء به الى السوق فقال عبدى هذا وقد أذنت له فى التجارة ولم يقل بايعوه والمسئلة بحالها لم يكن هذا غرورا ولم يلزم هذا الآذن ضمان شئ لانه أخبرهم بخبر وما أمرهم بمباشرة عقد الضمان معه وحكم الغرور والكفالة لا يثبت بمجرد الخبر (ألا ترى) أنه لو أخبر انسانا بحرية امرأة فتزوجها فاستولدها ثم استحقت لم يرجع المغرور على المخبر بشئ ولو زوجها منه على أنها حرة ثم استحقت رجع على المزوج بما غرم من قيمة أولادها فالامر بالمبايعة ههنا فى حكم الغرور نظير التزويج هناك والاخبار بالملك والاذن هاهنا نظير الاخبار بالحرية هناك وان قال هذا عبدى فبايعوه فى البز فان قال قد أذنت له فى التجارة فبايعوه فى غير البز والمسئلة بحالها كان الآمر ضامنا للغرماء الاقل من دينهم ومن قيمة العبد لان التقييد بالبز فى الامر بالمبايعة لغو على ما بينا أن فك الحجر لا يقبل التخصيص بنوع من التجارة فكان هذا والامر بالمبايعة مطلقا سواء بخلاف ما اذا قال لحر ما بايعت به من البز فلانا فهو على فبايعه غيره فى البز لا يجب على الكفيل منه شئ لان الكفالة تقبل التخصيص وفك الحجر الثابت بالامر بالمبايعة مع العبد لا يقبل التخصيص فلهذا كان ضامنا (أرأيت) لو بايعوه فى البز فاستقرض ثمن البز من رجل فقضى به الذين بايعوه أما كان للمقرض أن يرجع بدينه على الذى أمره بالمبايعة وهو مغرور في ذلك بمنزلة الذين بايعوه فى البز (أرأيت) لو اشترى بزا على أن يضمن الثمن عنه رجل فأدى الكفيل الذين بايعوه في البز أما كان للكفيل أن يرجع عليه بذلك واذا أذن لعبده فى التجارة ولم يأمر بمبايعته ثم ان المولى أمر رجلا بعينه أو قوما بأعيانهم بمبايعته فبايعوه مرة أخرى وقد علموا بأمر المولى فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا أو مدبرا فللذين أمرهم المولى عليه بمبايعته الاقل من حصتهم من قيمة العبد ومن دينهم وأما الآخرون فلا شئ لهم على المولى من ذلك لان الغرور ثبت باعتبار الامر بالمبايعة دون الاذن فى التجارة والامر بالمبايعة كان خاص فلا يتعدى حكمه الى غيره بخلاف الاول فالامر بالمبايعة هناك عام منتشر وهذا نظير الحجر بعد الاذن العام فانه اذا نهى واحدا أو اثنين عن مبايعته لا يثبت حكم ذلك النهى فى حق سائر الناس واذا كان النهى عاما منتشرا يثبت حكمه فى حق كل من علم به وفى حق من لم يعلم به اذا ثبت هذا

فنقول انما يغرم الذين أمرهم بمبايعتـه مقدار ما كان يسلم لهم لو كان ماأخبر به حقا وذلك الاقل من حصتهم من القيمة ومن ديونهم فانما يتحقق الغرور فى حقهم فى ذلك القـدر ولو كان أمر قوما باعيانهم بمبايعته فى البز فبايعوه فى غـيره وفيـه فهو سواء والضمان واجب لهم علي الغار لان التقييد فى حقهم في البز لغو فان الامر بالمبايعة فى حقهم بمنزلة الامر العام فى حق الجماعة وقد بينا أن هنالك لا يعتبر التقييد بالبز فهذا مثله وان أتى به الى السوق فقال بايعوه ولم يقل هو عبدى فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا أو مدبرا لم يكن على الآمر شئ لان هذه مشتورة أشاره بها عليهم فلا يثبت بها الغرور وهذا لانه لم يضفه الى نفسه بالملك والغرور والكفالة تنبنى على ذلك فانه بالامر بالمبايعة انما يصير ضامنا لهم مالية مملوكة لهم وانما يكون مطمعا لهم فى سلامة مالية مملوكة له وذلك لا يتحقق الا باضافته الي نفسه بالملكية ولو كان أتى به الى السوق وقال هذا عبدى فبايعوه ثم دبره ثم لحقه دين لم يضمن المولى شيأ لانه لم يغرهم فى شئ فانه كان عبـد الله قنا كما أخبرهم به وبمجرد الاذن لا يتعلق حق أحد بمالية رقبته مالم يجب عليه دين فيكون هو بالتدبير متصرفا فى خالص ملكه لاحق لغيره فيه فلا يضمن شيأ ولكن الغلام يسعى فى الدين وكذلك لو كان أعتقه بعد الاذن ثم لحقه الدين لان اعتاقه لاقى خالص ملكه ولا حق لاحد فيه ولو باعه بعد الاذن ثم بايعوه فلحقه دين لم يكن على الآمر منه شئ لانه لم يغرهم فى شئ ولكن ما أخبر به كان حقا فلا يضمن لاجل الغرور ولا يضمن للتصرف لانه حين تصرف لم يكن حقهم متعلقا بماليته ولو جاء به الى السوق فقال هذا عبدى فبايعوه وقد أذنت له فى التجارة فبايعوه ثم استحق أو وجد حرا والذى أمرهم بمبايعته عبد مأذون أو مكاتب أو صبي مأذون له فى التجارة فلا ضمان على الآمر فى ذلك علم الذين بايعوه بحال الآمر أو لم يعلموا لان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة وهو فى هذا الموضع أمين فالآمر يصير كالكفيل للغرماء عنه بقدر ماليـة الرقبة وكفالة الصبي المأذون له في التجارة لا يلزمه شئ بحال علم المكفول له بحاله أو لم يعلم وكفالة العبد والمكاتب لا تلزمهما شيأ حتى يعتقا فاذا عتقا رجع عليهما غرماء العبد بالاقل من دينهم ومن قيمة الذى بايعهم لان التزامهما بالكفالة صحيح فى حقهما قال (ألا ترى) ان الذى اشترى المغرور منه لو كان فيه ربح لم يكن للآمر من ذلك قليل ولا كثير وهذا اشارة الى انه بمنزلة الكفالة فى حقه لا بمنزلة

الوكالة بالشراء فان كان الآمر مكاتبا جاء بامته الى السوق فقال هذه أمتى فبايعوها فقد أذنت لها فى التجارة فلحقها دين ثم علم أنها قد ولدت فى مكاتبته قبل أن يأذن لها فللغرماء أن يضمنوا المكاتب الاقل من قيمتها أمة ومن دينهم لانه صار غارا لهم بما أخبرهم به فصار ضامنا لهم عنها بمقدار مالية رقبتها وضمان المكاتب عن أم ولده مالا يكون صحيحا لان كسبها للمكاتب فيجوز ضمانه عنها بخلاف ما اذا استحقت أو وجدت حرة لان المكاتب لا يكون مالكا لكسبها ولا يجوز ضمانه عنها وقد بينا ان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة واذا أتى الرجل بالعبد الى السوق فقال هذا عبدى فبايعوه فقد أذنت له فى التجارة فبايعوه فلحقه دين ثم استحقه رجل وقد كان المستحق أذن له فى التجارة قبل أن يأتى به الآخر الى السوق فانه يباع فى الدين ولا ضمان على الذى أمرهم بمبايعته لان بما ظهر من الاستحقاق لم يمتنع سلامة شئ مما ضمن سلامته لهم فانه انما ضمن لهم سلامة مالية الرقبة وذلك سالم لهم سواء كان مأذونا له فى التجارة من جهة المستحق أو من جهة الآمر ولو كان مدبرا للمستحق مأذونا له فى التجارة ضمن له الغار والاقل من قيمته غير مدبر ومن دينهم لانه لم يسلم لهم ماضمن الآمر سلامته لهم وهو مالية الرقبة (ألا ترى) انه لو ظهر انه كان مدبرا للآمر يضمن لهم الاقل من قيمته غير مدبر ومن دينهم فاذا ظهر أنه كان مدبرا لغيره أولي ولو كان عبدا محجورا عليه لغيره فأتى به هذا الي السوق وقال هذا عبدى فبايعوه ثم أذن له مولاه فى التجارة فلحقه دين بعد ذلك لم يكن على الغار ضمان لان مالية الرقبة سلمت لهم بالاذن الصادر من المالك بعد الأمر بالمبايعة كما سلم لهم بالاذن الموجود منه وقت الامر بالمبايعة ولو كان لحقه دين ألف درهم قبل اذن مولاه فى التجارة وألف درهم بعد اذنه فان على الغار الاقل من الدين الاول ومن نصف قيمة العبد لان صاحب الدين الاول لا يسلم له شئ من مالية الرقبة بالاذن الصادر من المولى بعد وجوب دينه ولو كان ماأخبر به الغار حقا كان سلم له نصف مالية الرقبة فلهذا كان على الغار له الاقل من دينه ومن نصف قيمة العبد فاذا أتى الرجل بعبد الى السوق فقال هذا عبد فلان قد وكلنى بان آذن له فى التجارة وان آمركم بمبايعته وقد أذنت له فى التجارة فبايعوه فاشترى وباع فلحقه دين ثم حضر مولاه وأنكر التوكيل فالوكيل ضامن الاقل من الدين ومن القيمة لان الغرور تحقق منه بما أخبرهم به فان فى معنى الغرور عبده وعبد غيره سواء لان ماأخبرهم به لو كان حقا كان يسلم لهم مالية الرقبة فيصير هو بالاخبار

ضامنا لهم سلامة مالية الرقبة ولم يسلم حين أنكر المولى التوكيل وحلف وكان لهم أن يضمنوا المخبر قيمته (ألا ترى) ان مشترى الارض اذا بنى فيها ثم استحقت رجع على البائع بقيمة البناء للغرور سواء باعه لنفسه أو لغيره بوكالته اذا أنكر المالك التوكيل ولو وجد العبد حرا أو استحقه رجل أو كان مدبرا لمولاه فالوكيل ضامن أيضا لانه ضمن لهم سلامة ماليته ولم تسلم ويرجع به علي الموكل ان كان أقر بالتوكيل الذي ادعاه لانه كان عاملا للموكل فيما باشره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وان أنكر التوكيل لم يرجع عليه بشئ الا أن يثبتها بالبينة وان قال هذا عبد ابنى وهو صغير فى عيالى فبايعوه فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا ضمن الاب الاقل من قيمة العبد ومن الدين لانه بما أخبرهم به صار ضامنا لهم سلامة ماليته (ألا ترى) ان ما أخبر به لو كان حقا كان يسلم لهم مالية الرقبة باعتبار كلامه وكذلك وصى الاب والجد فأما الام والاخ وما أشبههما فان فعلوا شيأ من ذلك لم يكن غرورا ولم يلحقه ضمان لان ما أخبر به لو كان حقا لم تسلم لهم مالية الرقبة باعتبار كلامه فان هؤلاء لا يملكون الاذن لعبد اليتيم فكذلك هو بالاخبار لا يصير ضامنا لهم شيأ واذا أتى الرجل بصبي الى السوق فقال هذا ابن ابنى فبايعوه فلحقه دين ثم أقام رجل البينة انه ابنه فان الدين يبطل عن الصبي أبدا لانه تبين انه كان صبيا محجورا عليه فلا يلزمه دين بالمبايعة أبدا وترجع الغرماء على الذى غرهم بجميع الدين لان ما أخبرهم به لو كان حقا كان لهم حق مطالبة الصبي بجميع دينهم فى الحال أو بعد البلوغ وكان على الصبي أن يقضى ذلك من ملكه فيصير الآمر بمبايعته ضامنا لهم سلامة ديونهم وان أخبرهم بحريته فاذا لم يسلموا رجعوا عليه بذلك كما لو زوج رجلا امرأة علي انها حرة وكذلك وصى الاب والجد أب الاب وهذا اذا لم يكن أب ولا وصى أب ولو أتى بعبده الي السوق فقال هذا عبدى وهو مدبر فبايعوه فلحقه دين ثم أقام رجل البينة انه مدبر له بطل عن المدبر الدين حتى يعتق لانه ظهر انه كان محجورا عليه ولا ضمان على الغار من قيمة رقبته ولا من كسبه لانه ما ضمن لهم سلامة مالية الرقبة حين أخبرهم انه مدبر والغرور لا يتحقق فى الكسب لانه لم يكن موجودا حين أخبرهم به ولم يدر أيحصل أولا يحصل ولو قتل المدبر فى يد الذى استحقه ضمن الغار قيمته مدبرا للغرماء لانه باضافته الى نفسه بالملكية ضمن لهم سلامة بدل نفسه مدبرا اذا قتل (ألا ترى) ان ما أخبرهم به لو كان حقا كان يسلم لهم ذلك وحكم البدل حكم الاصل فوجود الاصل عند الامر بالمبايعة

كوجود البدل فلهذا يثبت حكم الغرور فيه بخلاف الكسب ولو أتى بجارية الى السوق فقال هذه أمتي فبايعوها فلحقها دين يحيط برقبتها ثم ولدت ولدا فاستحقها رجل وأخذها وولدها ضمن الغار قيمتها وقيمة ولدها لان الولد جزء متولد من عينها وهو يسلم للغرماء لو كان ما أخبر به حقا كنفسها وهذا بخلاف الكسب فان الكسب غير متولد من عينها فلا يجعل وجودها كوجود الكسب عند الامر بالمبايعة كوجود ما يتولد منها فى ثبوت حكم الغرور فى ذلك فأما الولد فتولد من عينها فوجودها عند الامر بالمبايعة كوجود ما يتولد منها فى ثبوت حكم الغرور فى ذلك (ألا ترى) انها لو كانت مدبرة كان ولدها كنفسها لانه لا يتعلق حق الغرماء بماليته بخلاف كسبها فان كانت قيمتها يوم استحقت أكثر من قيمتها يوم أمرهم بمبايعتها أو أقل ضمن قيمتها يوم استحقت لانه انما امتنع سلامة المالية لهم حين استحقت وقد صار الغار بالامر بالمبايعة ضامنا لهم سلامة ذلك ولو أقام الغار البينة على انه قد أذن لها فى التجارة قبل أن يغرهم أو بعد ما غرهم قبل أن يلحقه دين برئ من الضمان لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم (ألا ترى) ان مالية الرقبة تسلم للغرماء فى الوجهين فكذلك الضمان ينفى عن الغار فى الوجهين والله أعلم

باب الشهادة على المأذون

(قال رحمه الله) وشهادة الشهود على العبد والصبي والمعتوه المأذون بغصب أو ببضاعة مستهلكة أو باقرارهم بذلك أو ببيع أو شراء جائز وان كان مولاه غائبا ويقضى القاضى عليه بذلك لانه بالاذن صار منفك الحجر عنه فى التجارة وتوابعها فالتحق فى ذلك بالحر العاقل البالغ فيكون الخصم فيما يدعى أو يدعي قبله هو ولا حاجة الى حضور مولاه الى القضاء بذلك استدلالا بالمكاتب ولو شهدوا على العبد المحجور عليه بغصب أو وديعة مستهلكة والمولى غائب لم يقض على العبد بذلك حتى يحضر المولى لان المستحق به مالية رقبته والمولى هو الخصم فى استحقاق مالية الرقبة عليه فلا يقضى ما لم يكن حاضرا فى الاول وان كان المستحق مالية رقبته أيضا ولكن المولى بالاذن قد صار راضيا بكونه خصما فى استحقاق مالية رقبته بجهة التجارة (ألا ترى) انه مستحق باقراره وبمباشرته التجارة وان كان المولى غائبا فكذلك يستحق ببينة تقوم عليه بالدين بخلاف ما نحن فيه وكما يشترط حضرة المولى ها هنا

يشترط حضرة العبد لان المدعي قبله والمستحق به دين فى ذمته وكان يتعلق بمالية رقبته فلا بد من حضوره فاذا حضر قضي على العبد بالقيمة فيباع فيه لان الحجر لا يؤثر فى الافعال الموجبة للضمان وأما الوديعة وما أشبهها فلا يقضي عليه بها حتى يعتق وهذا فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يقضى عليه بما استهلك من الامانات فى الحال فان كانوا شهدوا عليه باقراره بذلك ومولاه حاضر أو غائب لم يقض على العبد بشيء من ذلك حتى يعتق فاذا عتق لزمه ماشهدوا به عليه لانه محجور عن التزام الدين بالقول لحق مولاه والاقرار الثابت عليه بالبينة كالثابت بالمعاينة فلا تلزمه شيأ ما لم يسقط حق المولى عنه بقبضه ولو شهدوا عليه بقتل رجل عمدا أو قذف أو شرب خمر لم يقم عليه حد حتى يحضر مولاه فى قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يقضى عليه بذلك وان لم يحضر مولاه وكذلك لو شهدوا عليه باقراره بذلك ومولاه غائب فيما يعمل فيه الرجوع عن الاقرار لاتقبل هذه الشهادة وفيما لا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار كالقصاص وحد القذف فهو على الخلاف الذى بينا ولا خلاف انه لو أقر به قضى القاضى به عليه فأبو يوسف يقول المستحق بهذه الاسباب هو خالص حقه وهو دمه فان وجوب العقوبات عليه باعتبار معنى النفسية دون المالية وهو فى حكم النفسية مبقى على أصل الحرية ولهذا تقام عليه هذه العقوبات باقراره وان كان المولى غائبا أو مكذبا له ولا يقبل اقرار المولى بشيء من ذلك فلا يشترط حضور المولى لقبول البينة عليه بذلك وهما يقولان فى القضاء بهذه البينة مع غيبة المولى ابطال حقه من أوجه أحدهما انه يستوفى هذه العقوبة فتفوت به مالية المولى أو تنتقص والثانى انه يخرج من يد المولى اذا حضر مجلس الحكم لاقامة الحد عليه بذلك واليد مستحقة للمولى والثالث أن له حق الطعن في الشهود لو كان حاضرا فبالقضاء عليه قبل حضوره يبطل حق الطعن الثابت له وابطال حقه بالقضاء حال غيبته لايجوز بخلاف الاقرار فان الاقرار موجب للحق بنفسه وليس للمولى حق الطعن فى اقراره فلا تفوت به يده ولا حقه فى الطعن ثم لا تهمة فى اقراره على نفسه لان ما يلحقه بالضرر بذلك فوق مايلحق مولاه وقد بينا هذه المعانى فى كتاب الآبق وأما الصبي والمعتوه المأذون لهما فلا يلزمهما شيء من ذلك فى الاقرار ولا فى الشهادة على الفعل لانهما غير مخاطبين والاهلية للعقوبة تنبنى على كون المباشر مخاطبا الا فى القتل خاصة اذا كان أب الصبي أو المعتوه أو وصيهم حاضرا فانه يقضى بالدية على عاقلتهما

وفى حالة غيبة الولى لايقضى بذلك ولو شهدوا عليهما بالاقرار بالقتل فالشهادة باطلة لان القتل ليس من التجارة وفيما ليس من التجارة المأذون والمحجور سواء ولا قول له فى ذلك والخصم فى اثبات البينة عليه الولى فبدون حضرة المولى لايقضى بشئ وبعد حضوره الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وانه مما يوجب الدية على العاقلة ولو شهدوا على العبد المأذون بسرقة عشرة دراهم أو أكثر فان كان مولاه حاضرا قطع وان كان غائبا فكذلك عند أبى يوسف وفى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لايقطع ولكن يضمن السرقة لان المسروق منه يدعى المال ولكنه متى ثبت السبب الموجب للعقوبة عند القاضى استوفى العقوبة فى حال غيبة المولى ولا يثبت السبب الموجب للعقوبة عليه بالبينة فتبقى دعوى المال والعبد خصم فيما يدعى قبله من المال كما لو كانت الدعوى بسبب الغصب وشهدوا عليه ولو شهدوا عليه بسرقة أقل من عشرة ضمن السرقة لان فيما دون نصاب الاخذ بجهة السرقة كالاخذ بجهة الغصب ولو شهدوا على صبي أو معتوه مأذون لهما بسرقة عشرة دراهم أو أكثر قضى عليه بالضمان وان كان وليه غائبا لان جهة السرقة كجهة الغصب فى حقهما اذ لاعقوبة عليهما بسبب السرقة وقد بينا أن المأذون خصم فيما يتهم بذلك عليه من الاخذ الموجب للضمان وان كان وليه غائبا وان شهدوا على اقرار واحد منهم بذلك قضى القاضى عليه بالضمان حضر مولاه أو وليه أو لم يحضر لان الرجوع عامل فى حق العقوبة فاذا كان هو جاحدا والشهود يشهدون على اقراره بذلك كانت هذه شهادة على ما يوجب ضمان المال ولو شهدوا على عبد محجور بسرقة عشرة أو أكثر ومولاه غائب لم يقض عليه بشئ حتى يحضر المولى لان دعوى [illegible] عليه كدعوى الغصب وقد بينا انه يشترط حضرة المولى فيما يدعى [illegible] فكذلك فيما يدعى قبله من السبب الموجب للعقوبة فان كان مولاه حاضرا قطعت يده لان السبب الموجب للعقوبة ظهر بشهادته وهو مخاطب وان شهدوا على اقرار العبد بذلك وهو يجحد فالشهادة باطلة لان اقرار المحجور عليه فى حق المال باطل حتى يعتق وفى حق القطع الاقرار يبطل بالرجوع عنه ثم قد بينا أن اقرار المحجور بسرقة مال مستهلك أو قائم بعينه فى يده وما فى ذلك من الاختلاف بين أصحابنا فى كتاب السرقة قال واذا أذن المسلم لعبده الكافر فى التجارة فاشترى خمرا أو خنزيرا فهو جائز كان عليه دين أو لم يكن لانه يتصرف لنفسه بفك الحجر عنه فيراعى حاله فى ذلك ثم المولى انما يتملكه عليه بطريق

الثلاثة كما يتملك الوارث مال مورثه والمسلم من أهل أن يتملك الخمر بالميراث ولو اشترى ميتة أو دما أو بايع كافرا بربا فهو باطل لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالعتق وتصرف الحر الكافر في الميتة والدم باطل وهو في جميع بياعاته بمنزلة المسلم الا في الخمر والخنزير فكذلك العبد المأذون ولو شهد عليه كافران بغصب أو وديعة مستهلكة أو بيع أو اجارة أو شهدوا على اقراره بذلك وهو ومولاه ينكران ذلك فشهادتهما جائزة استحسانا ذكره في كتاب المأذون الصغير وفي القياس لا تقبل هذه الشهادة لان المسلم يتضرر بها فان الكسب ومالية الرقبة انما يستحق على المولى بهذه الشهادة والمولى مسلم وشهادة الكافر فيما يتضرر به المسلم لا تكون حجة ٭ وجه الاستحسان أن المولى فك الحجر عنه بالاذن فيجعل ذلك في اقامة الحجة عليه بمنزلة فك الحجر عنه بالعتق والمولى وان كان يتضرر به ولكنه قد صار راضيا بالتزام هذا الضرر حين أذن له في التجارة مع علمه ان شهادة الكفار حجة على الكافر (ألا ترى) ان العبد الكافر لو أقر بذلك صح اقراره وان كان المولى يتضرر لوجود الرضا منه بذلك فكذلك اذا شهد الشهود عليه بذلك وكذلك الصبي الكافر يأذن له وصيه المسلم أو جده أب أبيه في التجارة لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالبلوغ فشهادة الكافر تكون حجة عليه وان كان العبد المأذون مسلما ومولاه كافرا لم تجز شهادة الكافرين على العبد بشيء من ذلك وان لم يكن عليه دين لان العبد هو الخصم فيما يشهد به الشهود عليه وهو مسلم جاحد لذلك فلا تقبل شهادة الكفار عليه وان شهد الكافران على العبد المحجور الكافر بغصب ومولاه مسلم فشهادتهما باطلة لان الخصم فيما يدعي على العبد المحجور مولاه (ألا ترى) ان الشهادة عليه لا تقبل الا بحضر من مولاه فاذا كان المولى مسلما لم تكن شهادة الكفار حجة عليه بخلاف المأذون فان كان مولاه كافرا فشهادتهما جائزة قال واذا أذن المسلم لعبده الكافر في التجارة فشهد عليه كافران بجناية خطأ أو بقتل عمدا أو بشرب خمر أو بقذف أو شهد عليه أربعة من الكفار بالزنا وهو ومولاه منكران لذلك فالشهادة باطلة لان الخصم ها هنا المولى (ألا ترى) ان البينة لا تقبل على العبد بشيء من ذلك الا بحضر من المولى أما في جناية الخطأ فغير مشكل وفي الاسباب الموجبة للعقوبة كذلك عند أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف المولى يتضرر بذلك ولم يوجد منه الرضا بالتزام هذا الضرر بالاذن له في التجارة فلهذا لا تقبل شهادتهم عليه وكذلك لو كان العبد مسلما ومولاه

كافرا لان الثابت بهذه البينة فعل العبد وشهادة الكفار لا تكون حجة فى اثبات فعل المسلمين
واذا أذن المسلم لعبده الكافر فى التجارة فشهد عليه كافران بسرقة عشرة دراهم أو أقل قضى
عليه بضمان السرقة وان كان المولي حاضرا أو غائبا لم يقطع لان هذه البينة لا تكون حجة فى
اثبات العقوبة لاسلام المولي فكانت شهادتهما عليه بالاخذ بجهة السرقة بمنزلة الشهادة بجهة
الغصب ولو كان العبد مسلما والمولى كافرا كانت شهادتهما باطلة لانها تقوم لاثبات فعل
المسلم فاذا أذن المسلم لعبده الكافر فى التجارة فشهد عليه كافران لكافر أو لمسلم بدين ألف
درهم والعبد يجحد وعليه ألف درهم دين لمسلم أو كافر فشادتهما عليه جائزة وان كان صاحب
الدين الاول مسلما لان هذه البينة تقوم لاثبات الدين فى ذمة الكافر وقد بينا ان انفكاك
الحجر عنه بالاذن كهو بالعتق والحر الكافر يثبت عليه الدين بشهادة الكافر وان كان له عبد
مسلم فهذا مثله فان كان صاحب الدين الاول كافرا بيع في الدينين وان كان مسلما بيع العبد
وما فى يده فى الدين الاول حتى يستوفى جميع دينه فان فضل فهو للذى شهد له الكافران
الآن لان الاول استحق كسبه ومالية رقبته فلو قبلنا شهادة الكافر في اثبات المزاحمة للثانى
معه تضرر المسلم بشهادة الكافر وذلك لا يجوز * فان قيل حق الغريم المسلم فى رقبته وكسبه
لا يكون أقوى من حق المولى المسلم وقد بينا ان شهادة الكفار عليه مقبولة فى حق مولى
المسلم فكذلك فى حق الغريم المسلم * قلنا المولي المسلم رضى بالتزام هذا الضرر حين أذن له فى
التجارة فاما الغريم المسلم فلم يوجد منه الرضا بالتزام هذا الضرر وفى اثبات هذه المزاحمة عليه ضرر
ولو ادعى عليه مسلمان كل واحد منهما ألف درهم فشهد لاحدهما مسلمان وشهد للآخر بدينه
كافران فان القاضى يقضى بالدين كله عليه فيبدأ بالذى شهد له المسلمان فيقضى دينه فان بقى
شئ كان للذى شهد له الكافران لان الذى شهد له المسلمان أثبت دينه بما هو حجة على العبد
خاصة وثبوت الحق بحسب السبب فكان دين الذى شهد له المسلمان ثابتا فى حق الذى شهد
له الكافران ودين الذى شهد له الكافران غير ثابت في حق الذى شهد له المسلمان فلهذا يبدأ
من كسبه وثمنه بقضاء دينه الذى شهد له المسلمان فان بقي شئ فهو للذى شهد له الكافران ولو
صدق العبد الذى شهد له الكافران اشتركا فى كسبه وثمن رقبته لان دينه ثبت باقرار العبد
والثابت باقرار المأذون من الدين كالثابت بالبينة فيظهر وجوبه فى حق الغريم الذى شهد له
المسلمان ويتحاصان فيه ولو كان الذي شهد له الكافران مسلما والذى شهد له المسلمان كافرا

والعبد يجحد ذلك كله بيع العبد واقتسما ثمنه نصفين لان كل واحد منهما أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى خصمه فاستوى الدينان فى القوة ولو كان الغرماء ثلاثة كل واحد منهم يدعى ألف درهم أحدهم مسلم شهد له كافران والثانى مسلم شهد له مسلمان فانه يقضي عليه بجميع الدين ويباع فيه لان البينات كلها حجة عليه ثم يقسم ثمنه بين المسلم الذى شهد له المسلمان والكافر الذى شهد له المسلمان نصفين لان كل واحد منهما أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى الخصمين الآخرين فأما الثالث الذى شهد له كافران فقد أثبت دينه بما ليس بحجة على المسلم الذى شهد له المسلمان فلا يستحق المزاحمة معه فى ثمنه واذا لم تثبت المزاحمة صار كالمعدوم واستوى دين الآخرين فى القوة والثمن بينهما نصفان سلم للمسلم نصفه والنصف الذي صار للكافر بينه وبين المسلم الذى شهد له الكافران نصفين لانه أثبت دينه بما هو حجة على هذا الكافر وانما كان محجورا لحق المسلم ولم يبق فى هذا النصف للمسلم حق وبينهما مساواة فى قوة [illegible] كل واحد منهما فى حق صاحبه فيقسم هذا النصف بينهما نصفين ثم لايكون للمسلم أن يأخذ من يد هذا الذي شهد له الكافران ما أخذه من صاحبه لان ذلك لايفيد شيأ اذا أخذ ذلك [illegible] الكافر الذى شهد له المسلمان فاسترد ذلك منه لانه يساويه فى الدين فاشتغاله لايشتغل بذلك ولو كان أحد الغرماء مسلما شهد كافران والآخران كافران شهد لكل واحد منهما كافران بدئ بالمسلم لان دينه ثبت بما هو حجة على خصمه ودينهما ثبت بما ليس بحجة عليه فان بقى بعد دينه كان بين الكافرين لاستوائهما فى ثبوت دين كل واحد منهما فى حق صاحبه ولو كان العبد مسلما والمولي كافرا والغرماء رجلين أحدهما مسلم شهد له كافران والآخر كافر شهد له مسلمان والعبد يجحد ذلك فان القاضى يبطل دعوى المسلم الذى شهد له كافران ويباع العبد الآخر فى دينه فيوفيه حقه فان بقى شيء من ثمنه فهو للمولى لان المسلم انما أقام شهودا كفارا على دينه وشهادة الكفار لاتكون حجة على العبد المسلم فلم يثبت دينه على العبد لايستحق شيأ من ثمنه فلا يكون لهذا المسلم أن يزاحم الغريم الكافر فيما يأخذه ولا أن يأخذ من المولى شيأ مما بقى من ثمنه فى يده بخلاف ما سبق فهناك الديون كلها تثبت على العبد وكذلك لو كان العبد محجورا عليه فى هذا الفصل لان أصل الدين لايثبت عليه بشهادة الكفار وان كان محجورا عليه وما لم يثبت عليه أصل الدين فى ذمته لايتعلق بمالية رقبته ولو كان العبد كافرا محجورا ومولاه مسلما والغرماء رجلين أحدهما مسلم شهد له كافران والآخر كافرا

شهدله مسلمان بانه غصب منه ألف درهم فانه يقضى عليه بدين الكافر ولا يقضى عليه بدين المسلم حتى يعتق لان مولاه مسلم وقد بينا ان شهادة الكفار على العبد الكافر المحجور عليه بالغصب لاتكون حجة فى حق المسلم فما لم يسقط حقه بالعتق لا يقضى عليه بدين المسلم ولكن اذا أخذ الكافر دينه من ثمنه شاركه المسلم لان أصل دين المسلم ثابت على العبد بشهادة الكفار هاهنا (ألا ترى) انه يؤخذ به بعد العتق وانما لا يظهر ذلك فى حق المولى وقد سقط حق المولى عما أخذه الكافر من ثمن العبد وانما بقى المعتبر فيه حق الكافر ودين المسلم ثابت بما هو حجة على الكافر وعلى العبد كدين الكافر ولهذا شاركه فيما أخذه واذا أذن المسلم لعبده الكافر فشهد عليه كافران بدين ألف درهم لمسلم أو كافر باقرار أو غصب وقضى القاضى بذلك فباع العبد بالف درهم فقضاها الغريم ثم ادعي على العبد دينا ألف درهم كانت عليه قبل أن يباع فان أقام على ذلك شاهدين مسلمين فان القاضى يأخذ الالف من الغريم الذى شهد له الكافران فيدفعها الى هذا الغريم الذى شهدله المسلمان ولو كان الثانى كافرا أخذ منه نصف ماأخذه الاول لانه أثبت دينه بتاريخ سابق على البيع فيلتحق بالدين الظاهر عليه بشهادة المسلمين قبل أن يباع ولو قامت البينة قبل البيع كان الحكم فيه ماذكرنا فكذلك هاهنا قال ولو كان الاول كافرا وشاهداه مسلمين والثانى مسلما أو كافرا وشاهداه كافرين فانه يأخذ من الاول نصف ما أخذه لان دين الثانى ثبت بما هو حجة على العبد وعلى الغريم الاول ودين الاول كذلك فلاستوائهما فى القوة يجعل ثمنه بينهما نصفين (ألا ترى) ان الكافر لو هلك وترك ألف درهم فأسلم وارثه وأقام كافر شاهدين مسلمين على الميت بالف درهم فقضي له القاضي ثم ان مسلما أو كافرا أقام على الميت شاهدين كافرين بدين ألف انه يأخذ من الاول نصف ما أخذ للمعنى الذى بينا واستحقاق تركة الميت بدينه كاستحقاق كسب العبد وثمن رقبته بدينه قال واذا أذن الرجل لعبد الكافر فى التجارة فباع واشترى ثم أسلم فادعى عليه رجلان دينا فجاء أحدهما بشاهدين كافرين عليه بالف درهم دينا كانت عليه فى حالة كفره وجاء الآخر بشاهدين مسلمين عليه بمثل ذلك والمدعيان مسلمان أو كافران والمولى مسلم أو كافر فشهادة المسلمين جائزة ولا شيء للذى شهد له الكافران لان العبد مسلم حين قامت البينة عليه وشهادة الكافر على المسلم لاتقبل سواء أطلق الشهادة أو أرخ بتاريخ سابق على اسلامه ولو كان العبد مسلما ومولاه كافرا أو مسلما فارتد العبد عن الاسلام والعياذ بالله فشهد عليه مسلمان لكافر أو لمسلم

بمال وشهد عليه كافران لمسلم أو كافر بمال فشهادة المسلمين جائزة وشهادة الكافرين باطلة لان المرتد مجبر على العود الى الاسلام وحكم الاسلام باق فى حقه ولهذا لا ينفذ تصرفه فى الخمر والخنزير فشهادة الكافر لا تكون حجة أصلا واذا أذن الرجل لعبده الكافر فى التجارة ومولاه مسلم أو ذمى فشهد عليه مسلمان لمسلم بدين وشهد عليه ذميان لمسلم بدين وشهد عليه مستأمنان لمسلم بدين فان القاضى يبطل شهادة المستأمنين لان العبد ذمى وشهادة المستأمن لا تكون حجة على الذمى باعتبار ان الذمى من أهل دارنا ويقضى بشهادة الذميين والمسلمين لانها حجة عليه ثم يبيع العبد فيبدأ بدين الذى شهد له المسلمان لانه أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى خصمه الآخر انما أثبت دينه بما هو حجة على العبد لا على خصمه فاذا أخذ المسلم حقه وبقى شئ كان للذى شهد له الذميان لان دينه كان ثابتا على العبد ولكن كان محجورا لحق المسلم وقد زال الحجر حين استوفى المسلم حقه فان بقى شئ بعد دينه كان للمولى لان دين الذى شهد له المستأمنان غير ثابت فى حق العبد وكذلك لو كان المولى حربيا لان الدين بشهادة الحربيين لا يثبت على العبد الذمى وما لم يثبت الدين على العبد لا يتعلق بماليته التى هى حق مولاه فلو كان المولى وعبده حربيين والمسئلة بحالها قضى بالدين كله على العبد ويبيع فيه فيبدأ بالذى شهد له المسلمان ثم بالذى شهد له الذميان لما قلنا ثم ما فضل يكون للذى شهد له الحربيان لان دينه ثابت فى حق العبد هنا وانما كان محجورا بحق الآخرين فاذا زال الحجر كان الباقى له فان كان أصحاب الدين كلهم أهل الذمة والمسئلة بحالها تحاص فى ثمنه الذى شهد له المسلمان والذى شهد له الذميان لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى الخصمين الآخرين ودين الثالث انما ثبت بما هو حجة على العبد خاصة فلا يزاحمهما فى ثمنه ولكن يقدمان عليه ويتحاصان للمساواة بينهما فى القوة فان فضل شئ فهو للذى شهد له الحربيان ولو كان أصحاب الدين كلهم مستأمنين تحاصوا جميعا فى دينهم لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى الخصمين الآخرين ولو كان المولى مسلما أو ذميا والعبد حربيا دخل بامان فاشتراه هذا المولى وأذن له فى التجارة والمسئلة بحالها لم تجز شهادة الحربيين عليه بشئ لان العبد قد صار ذميا حين دخل فى ملك مسلم أو ذمى فلا تكون شهادة أهل الحرب بالدين عليه حجة واذا دخل الحربى دارنا بامان ومعه عبد له فأذن له فى التجارة جازت شهادة المستأمنين عليه بالدين كما تجوز على مولاه لانه حربى مستأمن (ألا ترى) ان لمولاه أن يعيده الى دار الحرب ولو كان الغرماء ثلاثة

مسلم شهد له حربيان بدين ألف درهم وذمى شهد له ذميان بدين ألف درهم وحربى شهد له مسلمان بدين ألف درهم ثم بيع العبد بالف درهم فانه يقسم الالف بين الذمى الذى شهد له الذميان والحربى الذى شهد له المسلمان نصفين لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى صاحبه فأما المسلم فانما يثبت دينه بما ليس بحجة على الذمى وهو شهادة الحربيين فلهذا لا يزاحمهما واذا اقتسما ثمنه نصفين أخذ المسلم من الحربى نصف ماصار له لان دينه ثابت بما هو حجة فى حق الحربى وانما كان ممنوعا لحق الذمى وقد سقط حق الذمى عن هذا النصف فكان بينهما نصفين وقال عيسى بن أبان رحمه الله هذا خطأ وينبغى أن يكون الالف بينهم أثلاثا لان المسلم الذى شهد له الحربيان والذمى الذى شهد له الذميان استويا من حيث ان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد دون صاحبه فليس جعل المسلم محجوبا عن المزاحمة لاجل الذمى باولى من جعل الذمى محجوبا عن المزاحمة لاجل المسلم وقد ثبت دين كل واحد منهما بما هو حجة على الحربى ودين الحربى بما هو حجة عليهما فينبغى أن يكون بينهم أثلاثا وهذا ذكره الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمهما الله وقيل فى تصحيح جواب الكتاب انه وان كان كذلك فشهادة الذمى أقوى من شهادة الحربى لان شهادة أهل الحرب انما تقبل بعقد الامان والامان يثبت للحربى بهذا المسلم أو من يقوم مقامه من المسلمين أما عقد الذمة فليس يثبت من جهة الذمى فكانت شهادة أهل الذمة للذمى أقوى وأبعد عن التهمة من شهادة المستأمنين للمسلم فترجح جانبه لهذا ولو كانت شهود الذمى حربيين وشهود المسلم ذميين والمسئلة بحالها كان الثمن بين المسلم والحربى نصفين لان الذمى انما أثبت دينه بما ليس بحجة على المسلم والمسلم أثبت دينه بما هو حجة على المسلم فكان الذمى محجوبا به بقي المسلم والحربى وقد أثبت كل واحد منهما دينه بما هو حجة على العبد وعلى صاحبه فكان الثمن بينهما نصفين ثم يأخذ الذمى نصف ما أصاب الحربى لان بينته حجة عليه وانما كان محجوبا عن المسلم وقد سقط حق المسلم عن هذا النصف ولو كان الذي شهد له المسلمان ذميا والذى شهد له الذميان حربيا والذى شهد له الحربيان مسلما فان الثمن بين الحربى والذمى نصفين لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على صاحبه ودين المسلم ثبت بما ليس بحجة على الذمى فكان هو محجوبا وليس فى هذا الفصل طعن فان الدين ثبت بما هو حجة على المسلم لان شهود الذمى مسلمون فلهذا كان الثمن بين الحربى والذمى نصفين ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذ الحربى لما بينا انه كان محجوبا بالذمى وقد زالت مزاحمته

قال فاذا لحق العبد دين فقال مولاه هو محجور عليه وقال الغرماء هو مأذون له فالقول قول المولى لانه متمسك بالاصل وهو الحجر بسبب الرق ولان الغرماء يدعون عليه بسبب استحقاق كسبه ومالية رقبته والمولى ينكر ذلك فعليهم اثبات هذا السبب بالبينة فان جاؤا بشاهدين على الاذن فشهد أحدهما أن مولاه أذن له فى شراء البز وشهد آخر انه أذن له فى شراء الطعام فشهادتهما جائزة وان كان الدين من غير هذين الصنفين لان المشهود به انما هو أصل الاذن فأما هذا التقيد بالبز والطعام فلغو لان الاذن فى التجارة لا يقبل التخصيص وقد اتفقا على ماهو المقصود والمشهود به فان شهد أحدهما انه أذن له فى شراء البز وشهد آخر انه رآه يشترى البز فلم ينهه فشهادتهما باطلة لانهما اختلفا فى المشهود به فان أحدهما شهد بمعاينة فعل والآخر شهد بقول ولو شهد أحدهما انه رآه يشترى البز فلم ينهه وشهد الآخر انه رآه يشترى الطعام فلم ينهه فشهادتهما باطلة لان كل واحد منهما شهد بمعاينة فعل غير الفعل الذى شهد الآخر بمعاينته فلم يثبت بما شهد بمعاينة كل فعل الا شاهد واحد ولو شهد انه رآه يشترى البز فلم ينهه كان الشراء جائزا وكان العبد مأذونا له فى التجارة لانهما اتفقا على الشهادة بمعاينة فعل واحد والثابت بشهادة شاهدين كالثابت بالمعاينة ولو عاينا المولى رآه يبيع البز فلم ينهه كان مأذونا له فى التجارة فى الاشياء كلها فكذلك اذا شهد عليه الشاهدان بذلك والله أعلم

باب الاختلاف بين المأذون ومولاه

(قال رحمه الله) واذا كان العبد المأذون فى يده مال وعليه دين فقال هو مالى وقال مولاه بل هو مالى فالقول قول العبد لان يده فى كسبه معتبرة لحق الغرماء والمولى ممنوع من أخذ مافى يده لحقهم فيكون المال فى يده ككونه فى يد غرمائه لان انفكاك الحجر عنه بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالعتق أو بالكتابة الا أن يده قبل أن يلحقه الدين ما كانت لازمة وبلحوق الدين اياه صارت لازمة فالمنازعة بينه وبين المولى فيما فى يده كالمنازعة بين المولى ومكاتبه فيما فى يده وان كان المال فى يد المولى وفى يد العبد فهو بينهما نصفان لان المولى من كسب عبده فى هذه الحالة كاجنبي آخر وقد استويا فى دعوى اليد واليمين ظهرت فى يديهما فكان بينهما نصفين فان كان فى يد المولى ويد العبد ويد أجنبي فادعاه كل واحد منهم فهو بينهم أثلاثا لان يد العبد فيه كيد غريمه فتكون معارضة ليد المولى ويد الاجنبي فى

المزاحمة وان كان العبد لا دين عليه فالمال بين المولى والاجنبي نصفان ولا شيء للعبد فيه لان
مافي يد العبد ويد مولاه واحد اذا لم يكن عليه دين فان كسبه خالص ملك مولاه ويده
فيه كيد مولاه وفي حق الاجنبي لان الحق لايعدوهما فهو بمنزلة مالو تنازع اثنان في شيء
وأحدهما ممسك له بيده والآخر بيد واحدة فانه يقضي بذلك نصفان هذا ولو كان
ثوب في يد حر وعبد مأذون وكل واحد منهما يدعيه ومعظمه في يد أحدهما والآخر متعلق
بطرفه فهو بينهما نصفان لان الاستحقاق باعتبار اليد ويده علي جزء من الثوب كيده علي
جميعه (ألا ترى) انه لو كان في يده طرف من الثوب وليس في يد الآخر منه شيء فتنازعا
فيه كان ذو اليد أولى بجميعه سواء كان الطرف الذي في يده معظم الثوب أو شيأ يسيرا منه
فان كان أحدهما متزرا به أو مرتديا أو لابسا والآخر متعلقا به أو كانت دابة أحدهما راكب عليها
والآخر متمسك باللجام فهي للراكب واللابس لانه مستعمل للعين واليد بالاستعمال تثبت
حقيقة دون التعلق به (ألا ترى) انه لا يتمكن من الركوب واللبس في العادة الا صاحب
اليد ويتمكن الخارج من التعلق به لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب لان
قيامه به وكانت يده فيما هو تبع له من وجه أقوى من يد المتعلق به والضعيف لا يظهر في مقابلة
القوي ولو لم يكن هذا راكبا وكان الآخر متعلقا بها لا يستحق الترجيح بتعلقه بها ولو كان
هذا راكبا ولم يكن الآخر متعلقا بها كان الراكب أولى فاذا كان لاحدهما سبب يستحق به
عند الانفراد وليس للآخر مثله كان هو أولى ولو أن حرا أو مأذونا أجر نفسه من رجل
يبيع معه البز أو يخيط معه ثم اختلفا في ثوب في يد الاجير فان كان في حانوت الذي استأجره
فهو للمستأجر لان الآخر مع مافي يده في يد المستأجر فان حانوت المستأجر ويده ثابتة
عليه فما في الحانوت يكون في يده فالظاهر شاهد للمستأجر فان الاجير لا ينقل أمتعته الى
حانوت المستأجر عادة خصوصا ما ليس من اداة عمله وان كان في السكة أو في منزل الاجير
فهو للاجير لانه لا يد للمستأجر علي هذا الموضع حقيقة ولا حكما ويد الاجير ثابتة على
الثوب حقيقة وبعقد الاجارة لايخرج من أن يكون له يد معتبرة في أمتعته والصغير والكبير
في هذا سواء لان كل واحد منهما له يد معتبرة دافعة لاستحقاق الغير ولو أن عبدا محجورا
عليه أجره مولاه لرجل وكان مع العبد ثوب فقال المستأجر هو لي وقال مولاه هو لي
كان للمستأجر سواء كان في السكة أو في السوق أو في حانوت المستأجر أو كانت المنازعة

فى دابة والعبد راكبها لان مولاه حين آجره فقد حول يده فيه الى المستأجر وصار المستأجر بمنزلة المالك فى ثبوت يده وعلى ما معه لانه صار أحق بالانتفاع به فيكون القول فى جميع ما فى يده قوله بخلاف الحر فان المستأجر وان صار أحق بمنافعه فقد بقيت له يد معتبرة فى أمتعته لانه مالك للامتعة بعد الاجارة كما كان قبله والعبد المحجور عليه مملوك ليست له يد معتبرة فكان هو وما فى يده لمولاه قبل الاجارة وقد حوله بالاجارة الى يد المستأجر ولو كان على العبد قميص أو قباء فقال المستأجر هو لى وقال المولى هو لعبدى فالقول قول المولى لان الظاهر يشهد له لان الظاهر ان العبد لا ينقل الى يد المستأجر عريانا (ألا ترى) انه لو باعه من انسان دخل فى البيع ما عليه من لباسه وان لم يذكر باعتبار الظاهر والعادة ولا يدخل فى البيع متاع آخر فى يده الا ما يذكر فلا ينظر الى قول العبد فى شئ من ذلك لانه محجور عليه وليس للمحجور عليه قول ولا يد معتبرة فيما معه ولو كان العبد فى منزل المولى وفى يده ثوب فقال المستأجر هو لى وقال المولى هو لى فهو للمولى لان المنزل فى يد المولى فما فيه يكون فى يده أيضا لانه ليس للعبد يد معتبرة فى معارضة يد المولى والمستأجر اذا كانت يده لا تظهر فى منزل المولى كان المتاع للمولى ولو كان العبد مأذونا له وعليه دين وهو فى منزل المولى وفى يده ثوب فقال المولى هو لى وقال العبد هو لي فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له لان ما يكون من تجارته فهو كسبه والحق فى كسبه لغرمائه فيده فيه كيد الغريم وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لانه فى ملك المولى ويده ثابتة على ما فى ملكه وحق الغرماء لا يثبت فى شئ من ذلك ما لم يثبت كونه كسبا للعبد ولو كان العبد راكبا على دابة أو لابسا ثوبا فقال العبد هو لى وقال المولى هو لى فهو للعبد يقضى به دينه كان ذلك من تجارته أو لم يكن لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب وحق الغرماء تتعلق عالية رقبته فيكون متعلقا بما هو تبع له والله أعلم

باب المأذون يأسره العدو أو يرتد

(قال رحمه الله) قد بينا فى السير ان العبد اذا أسره العدو فأحرزوه بدارهم ثم عاد الى قديم ملك المولى فانه يعود ما كان فيه من الدين والجناية وان لم يعد الى قديم ملك المولى فان لم يأخذه من يد من وقع فى سهمه أو من يد المشترى أو أسلم أهل الحرب عليه فان الدين

يعود عليه كما كان والجناية لا تعود لان المستحق بالجناية الملك القائم وقت الجناية (ألا ترى) ان المولى لو أعتقه بعد الجناية لا يبقى حق ولى الجناية فكذلك اذا زال ذلك الملك ولم يعد اليه بخلاف الدين فانه ثابت فى ذمته (ألا ترى) أنه يبقى عليه بعد العتق فسواء عاد ذلك الملك أو لم يعد بقي الدين فى ذمته كما كان والدين فى ذمة العبد لا يجب الا شاغلا مالية رقبته فلهذا يبيع فى الدين فى ملك من كان وان ارتد المأذون وعليه دين أو جناية خطأ ولحق بدار الحرب ثم أسره المسلمون فمولاه أحق به قبل القسمة وبعدها بغير شئ فى قول أبى حنيفة لانه لم يحرزه المشركون انما هو أبق اليه فاذا بقى على ملك مولاه بقى الدين والجناية عليه بحالها يدفع بالجناية ثم يباع فى الدين قال واذا ادان المسلم دينا ثم ارتد ولحق بدار الحرب ثم أسر فان أبى أن يسلم فقتل بطل الدين الا أن يؤخذ ماله فى دار الاسلام فيقضى به دينه لان ماله الذى خلفه فى دار الاسلام مصروف الى حاجته وهو خلف عن ذمته فى وجوب قضاء الدين كما بعد موته وان لم يكن له مال فى دار الاسلام فقد فات محل الدين حين قتل فبطل دينه وليس هذا بأول مديون يملك مفلسا ولو كانت مرتدة فسبيت وأسلمت فهى أمة للذى استولدها وقد بطل الدين عنها لان نفسها تبدلت بالاسر فصارت كالمالكة لا الى خلف فان الحرية حياة والرق تلف وهذا لان حكم الدين تغير بحدوث الرق فيها لانه حين وجب الدين كان فى ذمتها ولا تعلق له بمحل آخر وبعد ما صارت أمة فالدين عليها يكون شاغلا مالية رقبتها ان لو بقي وهذه مالية حادثة لا يمكن شغلها بالدين والدين لا يجب على المملوك الا شاغلا مالية رقبته فيسقط بهذه المنافاة وكذلك كل حد وقصاص كان عليها فيما دون النفس قبل الردة متغير حكمه برقها فالرق ينصف الحدود وينافى وجوب القصاص فيما دون النفس فأما القصاص فى النفس فهو باق عليها لان ذلك لا يتغير بالرق والامة والحرة فيه سواء وكذلك الرجل الذمى أو المرأة الذمية ينقض العهد ويلتحق بدار الحرب وعليه دين يوم يؤسر فهو رقيق وقد بطل الدين وكل حد أو قصاص دون النفس كان عليه يتغير حكمه برقه ويؤخذ بالقصاص فى النفس لان الحر والرقيق فيه سواء واذا استدان الحر المستأمن فى دار الاسلام ثم رجع الى دار الحرب ثم سبى مسلما أو ذميا أو مستأمنا أخذ بذلك الدين لبقاء دينه على رجوعه الى دار الحرب ولم يصر محجورا متمكنا لما فى ذمته لان الاحراز فى الدين لا يتحقق ولو لم يرجع لنا حتى أسر فصار عبدا بطل الدين لتبدل نفسه بالرق ولو دخل المسلم دار الحرب بأمان فادان حربيا ثم

أسر المسلمون الحربي فصار عبدا بطل الدين عنه لان نفسه تبدلت بما حدث فيه من الرق وخرج من أن يكون أهلا للمالكية والاسر لم يخلفه في ملك الدين فسقط عمن عليه لانعدام المطالبة والمستوفي له فان الدين ليس الا بمجرد المطالبة هذا اذا كان الدين له على المسلم وان كان للمسلم عليه فقد سقط بفوات محله بتبدل نفسه بالرق فان جاء مستأمنا لم يؤخذ به ان كان الدين عليه ولم يؤخذ به المسلم ان كان الدين على المسلم لان هذه المعاملة جرت بينهما في دار الحرب وهو بالخروج الينا بامان لم يصر من أهل دار الاسلام فلا تسمع الخصومة في ذلك الدين بينهما الا أن يسلم أو يصير ذميا فحينئذ يؤخذ بذلك كل واحد منهما لانه التزم أحكام الاسلام وصار منا دارا ودينا والدين يبقاء ذمته على حاله وبقاء الطلب أهلا للمالكية فيؤخذ كل واحد منهما به وقد بينا ما في هذه الفصول من الخلاف في كتاب الصلح والله أعلم

باب اقرار المأذون في مرض مولاه

(قال رحمه الله) واذا أقر المأذون في مرض مولاه بدين أو غصب أو وديعة قائمة أو مستهلكة أو غير ذلك من ديون التجارات فان كان المولى لا دين عليه ومات من مرضه ذلك فاقرار العبد جائز بمنزلة اقرار المولى به لان الدين على العبد يشغل كسبه ومالية رقبته وذلك حق مولاه وصحة اقراره باعتبار اذن المولى به واستدامة الاذن بعد مرضه بمنزلة انشائه واذا كان صحة اقراره بسبب يضاف الى المولى صار اقراره كاقرار المولى واقرار المولى في مرضه بدين أو عين للاجنبي صحيح اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين في صحته بدئ بدين الصحة من تركته ومن رقبة العبد وكسبه فان فضل من رقبته وكسبه شئ فهو للذى أقر به العبد لان كسبه ورقبته ملك مولاه فاقراره فيه كاقرار المولى ولو أقر المولى بذلك كان دين الصحة مقدما عليه وكان الباقي بعد قضاء دين الصحة مصروفا اليه فهذا مثله وان كان مال المولى غائبا فقضى القاضي دين المولي من ثمن العبد وما في يده ثم حضر مال المولى فان القاضي يأخذ منه ثمن العبد وما كان في يده فيقضى به دين العبد وما أقر به لان حق غريم العبد كان متعلقا به وقد قضي به دين المولى فيقوم غريم العبد مقام غريم المولى في الرجوع به في تركته اذا ظهر ماله ليأخذه قضاء من دينه وان كان دين العبد أكثر من ذلك فما زاد على ثمن العبد ومالية كسبه من تركة المولى لوارثه لا حق فيه لغريم العبد لان دينه ما كان ثابتا في ذمة المولى وانما كان في

كسب العبد ومالية رقبته وان كان علي المولى دين الصحة وعلي العبد دين الصحة وأقر العبد في مرض المولي كما وصفنا بدئ من كسب العبد ومالية رقبته بدين العبد الذي كان في صحة المولى لان ذلك أسبق تعلقا به في حق غريم المولى وانما يثبت فيه من جهة المولي وقد كان حق غريم العبد فيه مقدما على حق المولى فكذلك يكون مقدما على حق غريم المولى ثم يقضى منه دين المولى الذى كان في الصحة لان ذلك أسبق تعلقا به مما أقر العبد به في مرض المولى لما بينا ان اقرار العبد فيه كاقرار المولى فان فضل شئ فهو للذى أقر له العبد في مرض مولاه ولا يكون للذى أقر له العبد في مرض المولى مزاحمة غريم العبد في صحة المولى فيما يستوفيه لان حقه يتأخر عن حق غريم المولى وغريم العبد في صحة المولي حقه مقدم على حق غريم المولى فكيف يزاحمه من كان حقه متأخرا عن حق غريم المولى وهذا لانه لو زاحمه فاستوفى منه شيأ لم يسلم له ذلك بل يأخذه غريم المولى منه لكونه مقدما عليه في ذلك ثم يأخذ ذلك منه غريم العبد في صحة المولى لان حقه مقدم على حقه فلخلوه عن الفائدة لا يشتغل به ولو لم يكن على المولى دين يحاص غرماء العبد الاولين والآخرين فيما في يده لان صحة اقرار العبد في حق غرمائه بكونه مأذونا له في التجارة وقد جمع الاقرارين حالة واحدة وهي حالة الاذن فيجعل كل واحد منهما مزاحما لصاحبه في كسب العبد ورقبته بمنزلة مالو أقر لهما بالدين معا الا أن يكون أقر بشئ بعينه لانسان فانه يبدأ فيسلم للمقر له لان اقراره بذلك صحيح مادام مأذونا له في التجارة وتبين باقراره أن تلك العين ليست من كسبه وانما يتعلق حق غرمائه بكسبه والحاصل انه اذا لم يكن على المولى دين فحال مرضه في أقارير العبد كحال صحته ولو لم يقر العبد بذلك في مرض مولاه ولكنه التزمه بسبب عاينه الشهود لزمه ذلك مثل مايلزمه في صحة مولاه لانه مأذون على حاله ولا تهمة في السبب الذى وجب به الدين (ألا ترى) أن المولى لو باشر هذا الدين كان الدين الواجب به مساويا لدين الصحة فكذلك اذا باشره العبد ودين العبد في كسبه ومالية رقبته مقدم على دين المولى فما لم يقض ديونه لا يسلم لغريم المولى شئ من ذلك ولو مرض المولى ولا دين على واحد منهما وقيمة العبد ألف درهم فاقر المولى على نفسه بدين ألف درهم ثم مات المولى فان العبد يباع فيتحاص الغريمان في ثمنه لان ماأقر به العبد على نفسه بمنزلة مالو أقر به المولى على نفسه ولو أقر المولى في مرضه بدين ثم بدين يحاص الغريمان فيه لان الاقرارين جميعهما حالة واحدة

فهذا مثله ولو كان اقرار العبد أو لا بدئ به لان حق المقر له بنفس الاقرار تعلق بمالية رقبته فكان فى حق المولي بمنزلة الاقرار بالعين ولو أقر المولى فى مرضه بعين ثم بدين كان المقر له أولي بالعين بخلاف ماإذا أقر بدين ثم بعين يتحاصان فيه فاقرار العبدمع اقرار المولي بمنزلة ذلك فى المعنى وهذا لانه اذا سبق اقرار المولى فقد تعلق حق المقر له بمال المولى فلا يصدق العبد على ابطال حق غريم المولى عنه بعد ذلك لان صحة اقراره نادر فكما لا يبطل حق غريم المولى باقرار المولي برقبته لانسان فكذلك لا يبطل باقرار العبد بخلاف ماإذا سبق اقرار العبد لانه حين أقر لم يكن لاحدحق فى مالية رقبته وثبت فيه حق المقر له فلايصدق المولى بعد ذلك فى اثبات المزاحمة لمن يقر له مع غريم العبد ولو بدأ المولي فاقر بدين ألف ثم بالف اقرارا متصلا أو منقطعا ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فان الغرماء الثلاثة يتحاصون فى ثمنه فيكون الثمن بينهم أثلاثا لان اقرار المولى لما جمعهما حالة واحدة جعلا كأنهما واحد معا ولا حق لغريم العبدحين وجدالاقرار من المولى ثم أقر العبد بعد ذلك وهو مأذون فيكون اقراره كاقرار المولى بالف قدر ماليته فيتحاصون فى ثمنه فكذلك لوكان العبد أقر بالف ثم بالف اقرارا متصلاأو منقطعا ضربوا بجميع ذلك مع غرماء المولي لان أقارير العبد حصلت وهو مأذون له فجعل فى الحكم كاقارير المولي وقد جمع الكل حالةواحدة ولو أقرالمولى بدين ألف درهم ثم أقر العبد بدين ألف ثم أقر المولى بدين ألف يتحاصون جميعا لان اقرار المولى لما سبق كان مانعا من سلامة مالية الرقبة للذى أقر له العبد فنزل اقراره بعد اقرار المولي بمنزلة اقرار المولي وقد جمع الاقارير حالة واحدة فيتحاصون فى ثمنه ولو كان العبد أقر بدين ألف قبل اقرار المولى ثم أقر المولى على نفسه بدين ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فان ثمن العبد لغريمه دون غريم المولي لان حق الغريم الاول للعبد لما تعلق بماليةرقبته كان ذلك مانعا صحة اقرار المولي فى حق مالية الرقبة بعدذلك لانه لافضل فى قيمته على ماأقر به العبد أولا فكان اقرار المولى فى حق مالية الرقبة وجوده كعدمه وانما بقى الاقرار من العبد وقد جمعهما حالة واحدة فكان ثمن العبد بينهما ولو كانت قيمته ألفي درهم فاقرالعبد بدين ألف درهم ثم أقرالمولى بدين ألف درهم ثم مات فانه يباع فيوفى غريم العبد حقه وغريم المولي حقه لان في الثمن المقبوض وفاء بالدين وان نقصت قيمته فبيع بالف درهم فهى لغريم العبد خاصة لان حقه فى ماليته مقدم على حق غريم المولى لتقدم اقراره وانما ثبت حق غريم المولي فى الفضل ولم

يفضل شيء وان بيع بألف وخمسمائة كانت ألف منها لغريم العبد والباقي لغريم المولى لان حقه فى الفاضل وصار هذا نظير حق رب المال مع حق المضارب فان حق رب المال فى رأس المال أصل وحق المضارب فى الربح تبع فانما يثبت فى الفضل فاذا لم يظهر الفضل فلا شيء له فان قل الفضل كان حقه بقدر ذلك ولو كان أقر بدين ألف وقيمته ألفان ثم أقر المولى بدين ألف ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فبيع العبد بالدين اقتسمه الغرماء أثلاثا لانه كان فى مالية الرقبة عند اقرار المولى فضلا عن دين العبد بقدر ألف فيثبت حق الغريم فيه ثم الاقرار من العبد صحيح لبقاء الاذن وان اشتغل جميع ماليته بالدين فاذا كانت الديون كلها ثابتة عليه اقتسم الغرماء ثمنه أثلاثا وان بيع بألف وخمسمائة اقتسموه اخماسا لان حق غريم المولى انما ثبت فيه بقدر الفضل وقد ظهر أن الفضل كان بقدر خمسمائة حين أقر المولى بالف درهم فانما يثبت من دين غريمه فى حق مزاحمة غريمي العبد مقدار خمسمائة فاذا ضرب هو بخمسمائة وكل واحد من غريمي العبد بالف كان الثمن بينهم اخماسا لانك تجعل كل خمسمائة سهما وان بيع بالف كانت لغريمي العبد خاصة لان حق غريم المولى ثبت باعتبار الفاضل ولم يفضل من ماليته شيء على الدين الاول الذى أقر به العبد حين بيع بالف وخمسمائة ولو بدأ المولى فأقر عليه بدين ألف درهم وقيمة العبد ألفان ثم أقر العبد بدين ألف ثم أقر المولى بدين ألف فان الثمن يقسم بين الغرماء بالحصص أثلاثا لان حق غريم المولى الاول ثبت فى ماليته وكذلك حق غريم العبد لان اقراره بعد اقرار المولى كاقرار المولى وكذلك حق الذى أقر له المولى آخرا قد ثبت فيه لان الاقرارين جميعا من المولى جميعهما حالة واحدة فيتحاصون فى ثمنه ولو بدأ العبد فأقر بدين ألف درهم ثم أقر المولى بدين ألف ثم بالف ثم بالف اقرارا متصلا أو منقطعا ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فبيع بالفى درهم ضرب فيه غرماء العبد كل واحد منهما بجميع دينه وضرب فيه غرماء المولى كلهم بالف فقط لان مقدار الالف من ماليته قد اشتغل بدين الذى أقر له العبد أولا ثم الاقراران من المولى جمعهما حالة واحدة فكانهما وجدا معا والفاضل من المالية عند اقرار المولى مقدار ألف فيثبت حق غرماء المولى فى ذلك المقدار خاصة فلهذا ضرب غرماء المولى بالف درهم وكل واحد من غريمي العبد بجميع دينه ولو بيع بألف وخمسمائة ضرب فيه غرماء العبد بجميع دينهم وغرماء المولى كلهم بخمسمائة لان الفاضل عن أقارير المولى بقدر خمسمائة فيكون

الثمن مقسوما بينهم اخماسا لكل واحد من غريمي العبد خمساه ستمائة ولغريم المولى خمسه ثلثمائة فان اقتسموه على ذلك ثم خرج بعد ذلك دين كان للسيد على الناس فخرج منه ألف أو ألفان وخمسمائة فغرماء المولى أحق بذلك لانه قد بقي من دينهم ذلك القدر وزيادة ولا حق لغرماء العبد فى تركة المولى وهم ماضربوا مع غرماء العبد فى ثمنه بقدر ألفين وخمسمائة فلهذا كانوا أحق بجميع ماخرج منه فان خرج منه ثلاثة آلاف أخذ غرماء المولي من ذلك ألفين وسبعمائة وأخذ غرماء العبد من ذلك ثلثمائة لانه بقي من حق غرماء المولي ألفان وسبعمائة فيأخذون ذلك وقد كان يقضى بقدر ثلثمائة من ثمن العبد دين المولى فيكون ذلك دينا لغرماء العبد فى تركة المولى فيأخذون هذه الثلثمائة بحساب ذلك فان كان الذى خرج من ذلك ألفان وستمائة يأخذ غرماء المولى من ذلك ألفين وخمسمائة وخمسين وأخذ غرماء العبد من ذلك خمسين لان ماتأخر خروجه من دين المولى معتبر بما لو تقدم خروجه على قسمة ثمن العبد ولو تقدم خروج هذا المقدار كان كله لغرماء السيدثم بقي من دينهم أربعمائة ودين غريمي العبد ألفي درهم فيضرب كل واحد منهم في ثمن العبد وهو ألف وخمسمائة بمقدار دينه واذا ضرب غرماء العبد بالفين وغرماء المولى بما بقى من دينهم وهو أربعمائة كان السبيل أن يجعل كل أربعمائة سهما فيصير حق غريمي العبد خمسة وحق غرماء المولى سهما فتبين أن الذى سلم لهم سدس ثمن العبد وذلك مائتان وخمسون وقد استوفوا ثلثمائة فعليهم رد ماأخذوه زيادة على حقهم وذلك خمسون درهما ولو كان العبد لم يقر بالدين الاول والمسألة بحالها أخذ غرماء السيد ماخرج من دين السيد وهو ألفان وستمائة ثم يباع العبد فان بيع بالف ضرب فيه غرماء المولى بما بقى لهم وغريم العبد بجميع دينه وهو ألف فكان الثمن بينهم اسباعا خمسة اسباعه لغريم العبد وسبعاه لغرماء المولى ولو كانت قيمة العبد ألفى درهم فأقر العبد فى مرض المولى بدين ألف درهم ثم أقر المولى بدين الف ثم اشترى العبد عبدا يساوى ألفا بالف وقبضه بمعاينة الشهود فات فى يديه ثم مات السيد ولا مال له غير العبد فبيع بالفى درهم اقتسمه غرماء العبد بينهم ولا شئ فيه لغريم المولى لان الذى وجب على العبد بمعاينة الشهود بمنزلة دين الصحة وصاحبه أحق بمالية العبد ممن أقر له المولى فى مرضه وقد أقر له العبد أولا بدين ألف فظهر انه لافضل فى ثمنه على دين المعاينة وعلى الذى أقر به العبد أولا وصحة اقرار المولى باعتبار الفضل فاذا لم يظهر بطل دين المولى فصار كالمعدوم

وكان ثمن العبد بين غرمائه ولو لم يشتر العبد المأذون ولكن المولى هو الذى اشترى عبدا يساوى ألفا وقبضه بمعاينة الشهود فمات فى يده ثم مات المولى من مرضه والمسئلة بحالها وبيع العبد بالف فانه يبدأ بدين البائع لان ما وجب على المولي بمعاينة الشهود فى مرضه بمنزلة دين الصحة وقد بينا ان دين الصحة على المولي مقدم على ما أقر به العبد فى مرض مولاه لان صحة اقرار العبد باستدامة المولى الاذن له فلهذا بدئ بدين البائع وما بقى بعد ذلك فهو بين غرماء العبد ويستوى ان كان الاذن فى صحة المولى أو فى مرضه لان استدامة الاذن بعد المرض كاكتسابه (ألا ترى) انه لو أذن له فى التجارة فى صحته ثم مرض فأقر العبد لبعض ورثة المولى بدين ثم مات المولى أن اقراره باطل سواء كان على المولى دين محيط أو لم يكن لاقرار العبد بقدر ماأذن له فى مرضه واستدامة اذنه فى مرضه بمنزلة اقرار المولي به ثم اقرار المريض لوارثه باطل ولو مات المولى فصار العبد المأذون محجورا عليه بموته ثم أقر بدين لم يجز اقراره لان الملك فيه انتقل الى لوارث فهو بمنزلة مالو انتقل الملك فيه الي غيره فى حياته ببيع أو هبة فان أذن له الوارث فى التجارة جاز اذنه لانه على ملكه فان أقر العبد بعد اذنه بدين جاز اقراره وشارك المقر له أصحاب الدين الاولين لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث فيجعل بمنزلة ملك المورث فى حياته ولو حجر عليه بعدما لحقه ديون ثم أذن له فأقر بدين آخر شارك المقر له أصحاب الدين الاولين لان الاقرار له حصل فى حال انفكاك الحجر عنه بخلاف من أقر له فى حالة الحجر فهذا مثله ولو كان على المولى الميت دين لم يجز اذن الوارث له فى التجارة ولا اقرار العبد بالدين لان دين المولي يمنع ملك الوارث وتصرفه * فان قيل فى هذا الموضع مالية العبد مستحقة لغرماء العبد ولا حق فيه لغرماء المولى فيجعل دين المولى كالمعدوم ودين العبد لا يمنع ملك الوارث فينبغى أن يصح اذنه فى التجارة * قلنا دين المولى لا يظهر فى مزاحمة غرماء العبد فأما فى حق وارث المولى فهذا ظاهر (ألا ترى) انه لو سقط دين العبد كان مالية العبد لغرماء المولي دون ورثته فلهذا لا يصح تصرف الوارث بالاذن فى التجارة فى هذه الحالة والله أعلم

باب بيع المأذون وشرائه واقراره فى مرض المولي

(قال رحمه الله) واذا أذن المولي لعبده فى التجارة ثم مرض المولي فباع العبد بعض

ما كان في يده من تجارته واشترى شيأ فحابى فى ذلك ثم مات المولي ولا مال له غير العبد وما في يده بجميع مافعل من ذلك مما يتغابن الناس فيه أو ما لا يتغابن الناس فيه فهو جائز في قول أبي حنيفة من ثلث مال المولى لان العبد بانفكاك الحجر عنه بالاذن صار مالكا للمحاباة مطلقا فى قول أبي حنيفة حتى لو باشره فى صحة المولى كان ذلك صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر من ثلث ماله المحاباة اليسيرة والفاحشة فى ذلك سواء فكذلك اذا باشره العبد وفى قول أبي يوسف ومحمد محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فأما محاباته بمالا يتغابن الناس فيه فباطلة وان كان يخرج من ثلث المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة فى الاذن في التجارة حتى لو باشره فى صحة المولى كان باطلا وكذلك ان كان على العبد دين لا يحيط برقبته وبجميع ما في يده كان قولهم فى امضاء محاباة العبد بعد الدين من ثلث مال المولى على ما بينا لان قيام الدين على العبد لا يغير حكم انفكاك الحجر عنه بالاذن وان كان على المولي دين محيط برقبة العبد وبما فى يده ولا مال له غيره لم يجز محاباة العبد بشيء لان مباشرته كمباشرة المولى وقيل للمشترى ان شئت فانقض البيع وان شئت فأد المحاباة كلها لانه لزمه زيادة فى الثمن لم يرض هو بالتزامها فيتخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين محيط برقبته وبجميع ما في يده فمحاباة العبد جائزة علي غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه والمحاباة وان جازت على الغرماء فانما هى من مال المولى ولو كان الذى حاباه العبد بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة فى جميع هذه الوجوه لان مباشرة العبد كمباشرة المولى والمريض لا يملك المحاباة فى شئ مع وارثه ولو أن رجلا دفع الى هذا العبد جارية يبيعها له فى مرض المولى فباعها من وارث المولى وحاباه فيها جاز ذلك لان هذه المحاباة ليست من مال المولى ولا شئ على ورثة المولى وهذا التصرف من العبد لم يكن نفوذه باذن المولي بل هو ثابت عن الموكل وانما ينفذ بوكالته وكأنه باشره بنفسه ولو باع العبد فى مرض مولاه شيأ ولم يحاب فيه ولا دين على واحد منهما أو اشترى ولم يحاب فيه ثم أقر بقبض ما اشترى أو بقبض ثمن ما باع ثم مات المولي فقراره جائز بمنزلة مالو كان المولى هو الذى باشر هذا التصرف وأقر بقبض الثمن وكذلك ان كان على العبد دين كبير ولو كان على المولى دين كثير يحيط برقبته وبما في يده لم يصدق على القبض الا بالبينة لان اقراره بالقبض في المعنى اقرار

بالدين فانه يقول وجوبه علي بالقبض مثل ما كان لي عليه ثم صار قصاصا ودين العبد يمنع صحة اقراره علي نفسه بالدين فى مرضه فكذلك يمنع صحة اقراره بالقبض وأما دين المولى فى صحته فيمنع اقرار العبد على نفسه بالدين فى مرضه فكذلك يمنع صحة اقراره بالقبض ويقال للمشترى ان شئت فأد الثمن مرة أخرى وان شئت فانقض البيع لانه لزمه زيادة فى الثمن لم يرض بالتزامها واقرار العبد في اثبات الخيار للمشترى زيادة فى الثمن صحيح وان لم يكن صحيحا فى وصول الثمن اليه لتمكنه من اقالة المقدمه ولو كان الذى بايعه بعض ورثة المولي لم يجز اقرار العبد بالقبض منه كان عليه أو على المولي دين أو لم يكن كما لا يجوز اقراره له بالدين وكما لا يجوز اقرار المولى بالقبض منه فى مرضه لو كان هو الذى عامله والله أعلم

باب اقرار العبد فى مرضه

(قال رحمه الله) واذا مرض العبد فأقر بوديعة أو بدين أو بشراء شئ وغيره من وجوه التجارات ثم مات من مرضه ولا دين عليه فى الصحة فاقراره جائز وهو بمنزلة الحر فى ذلك لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالعتق والمرض لا ينافيه وان كان عليه دين الصحة بدئ بدين الصحة لانه لا يكون انفكاك الحجر عنه بالاذن فوق انفكاك الحجر عنه بالعتق وفى حق الحر دين الصحة مقدم على ما أقر به فى مرضه من دين أو عين فكذلك فى حق العبد * فان قيل فى حق الحر الحكم يتغير بمرضه من حيث تعلق حق الغرماء والورثة بماله وذلك لا يوجد فى حق العبد فان الدين الذى فى صحته كان متعلقا بكسبه ومالية رقبته قبل مرضه والحق فى كسبه ومالية رقبته بعد الدين للمولى وهو المسلط له على الاقرار فينبغى أن يسوى بين ما أقر به فى الصحة وبين ما أقر به فى المرض قلنا نعم ولكن انفكاك الحجر بالاذن فرع انفكاك الحجر عنه بالعتق والفرع يلتحق بالاصل فى حكمه وان لم توجد فيه علته لانه منع ثبوت الحكم فى البيع بثبوته فى الاصل ثم لو أعتقه المولى بعد ما مرض ثم أقر بدين كان حق غرماء الصحة مقدما فى ماله علي ما أقر به فى مرضه بعد العتق فلا يكون مقدما على ما أقر به فى مرضه قبل العتق كان أولى ولو كان الذى [illegible] بينة شاركوا أصحاب دين الصحة لانتفاء التهمة فى ثبت عليه بالبينة وهو فى ذلك بمنزلة الحر فى العين والدين جميعا وكذلك فى الاقرار بالدين والوديعة فى تقديم أحدهم على الآخر

وفيما يلحقه من ذلك بينة وعليه دين الصحة هو كالحر وقد بينا هذه الفصول في الحر في كتاب الاقرار فكذلك في العبد واذا لم يكن عليه دين في الصحة فاقر في مرضه على نفسه بدين ألف درهم وأقر باستيفاء ألف درهم ثمن مبيع وجب له في مرضه على رجل لم يصدق على قبضه ولكن يقسم ما كان عليه بينه وبين الغريم الآخر نصفين لان اقراره بالقبض بمنزلة اقراره له بالدين وذلك صحيح منه الا أنه قضاه ذلك الدين بماله في ذمته فكأنه قضاه ذلك بعين في يده والمريض المأذون لا يملك تخصيص أحد الغريمين بقضاء الدين وهو في ذلك بمنزلة الحر فلهذا كان ما على الغريم بينه وبين الآخر نصفين واذا مرض المأذون وعليه دين الصحة فقضى بعض غرمائه دون بعض لم يجز لانه لو قضي بعضهم في صحته لم يجز وكان للآخرين حق المشاركة معه لتعلق حق الكل بكسبه فاذا قضاه في مرضه أولى وهذا لان في ايثاره بعض الغرماء بقضاء الدين اسقاط حق الباقين عن ذلك المال وهو لا يملك اسقاط حق الغرماء عن شئ من كسبه ولو اشترى في مرضه شيأ بمعاينة الشهود وقبضه ثم نقد ثمنه وهلك الشيء في يده ثم مات العبد لم يكن لغرمائه على البائع سبيل فيما قبض من الثمن لانه في ذلك بمنزلة المولى وهذا التصرف من الحر صحيح مطلقا فمن العبد كذلك (أرأيت) لو استقرض منه ألف درهم ثم ردها عليه بعينها أكان للغرماء على ذلك سبيل فكذلك اذا رد مثلها واذا ثبت هذا فيما اذا فعله العبد في مرضه فهو أولى فيما اذا فعله في صحته ولو كان هذا أجر أجيرا أو مهر امرأة في صحة أو مرض كان للغرماء أن يشاركوا المرأة والاجير فيما قبض وهذا فرق قد بيناه في الحر انه اذا لم يدخل في ملك نفسه ظاهرا اما أن يكون مثلا للمال أخرجه من ملكه في حق الغرماء فلا يسلم للقابض ما قبض لتحقق معنى ايثار بعض الغرماء فيه بخلاف ما اذا دخل في ملكه مثل ما أخرج من ملكه فيما قبض يتعلق به حق الغرماء قال واذا حابى العبد في مرضه ولا دين عليه ثم مات فالمحاباة جائزة لان كسبه لمولاه والمولى راض بتصرفه وهو الذى سلطه على هذه المحاباة بخلاف الحر فان ماله لورثته بعد موته ولم يوجد منهم الرضا بمحاباته وكان معتبرا من ثلث ماله وكذلك ان كان عليه دين فوفى ماله في الدين ولم يف ماله بالدين لم تجز المحاباة لان كسبه حق غرمائه ولم يوجد منهم الرضا بتصرفه ومحاباته فهو في حقهم بمنزلة الحر المريض واذا مرض المأذون فوجب له على رجل ألف درهم من ثمن بيع أو غيره فقر باستيفائها له لزمته ولا دين على المأذون ولا مال له غير ذلك الدين ثم أقر بعد ذلك على نفسه بدين ألف ثم مات فاقراره بالاستيفاء جائز لانه حين أقر

بالاستيفاء لم يكن لاحد فى تركته حق سوي مولاه والمولي هو المسلط له على هذا الاقرار فيصح اقراره فى حقه وترك ذلك بمنزلة مالو أقر بدين ثم قضاه وذلك صحيح منه وان أقر بالدين بعد ذلك لان ماقضاه يخرج من أن يكون كسبا له ودينه انما يتعلق بكسبه ولو لم يقر بالدين ولكنه لحقه دين بمعاينة الشهود بطل اقراره بالاستيفاء لان ماوجب عليه بالمعاينة بمنزلة الدين الظاهر عليه حين أقر بالاستيفاء اذ لا تهمة فى شهادة الشهود فلهذا يبطل اقراره بالاستيفاء والله أعلم بالصواب

﴿ ومن كتاب المأذون الصغير ﴾

(قال رحمه الله) ولو أن عبدين تاجرين كل واحد منهما لرجل اشتري كل واحد منهما صاحبه من مولاه فان علم أيهما أول وليس عليه دين فشراء الاول لصاحبه جائز لان المولى مالك لبيعه ولو باعه من أجنبي جاز بيعه فكذلك اذا باعه من عبد مأذون لغيره ثم قد صار هذا المشترى ملكا لمولى المشترى وصار محجورا عليه فشراؤه الثانى من مولاه باطل لكونه محجورا عليه ولانه يشترى عبد مولاه من مولاه ولا دين عليه وهذا الشراء من المأذون لا يصح لكونه غير مفيد وان لم يعلم أى البيعين أول فالبيع مردود كله بمنزلة مالو حصلا معا ولان الصحيح أحدهما وهو مجهول والبيع فى المجهول لا يصح أبدا وان كان علي واحد منهما دين لم يجز شراء الاول الا أن يجيز ذلك غرماؤه لان بيع مولاه اياه من عبد مأذون كبيعه من حر وذلك لا يجوز بدون اجازة الغرماء لان ماليته حقهم ولو اشترى المأذون أمة فوطئها فولدت له فادعى الولد وأنكر ذلك مولاه صحت دعواه وثبت نسبه منه لان الدعوى تصرف منه وهو فى التصرف فى كسبه بمنزلة الحر وليس من شرط صحة الدعوى وثبوت النسب كون الامة حلالا له (ألا ترى) ان المكاتب لو ادعى نسب ولد جاريته ثبت النسب وكذلك الحر لو ادعي نسب ولد جاريته وهى ممن لا تحل له ثبت نسبه منه فكذلك العبد فان كانت جارية لمولاه من غير تجارة العبد لم يثبت النسب منه بالدعوى لانه لا حق له فى التصرف فيها ودعواه تصرف منه وهو فى سائر أموال المولى كاجنبي آخر فلا تصح دعواه مالم يصدقه المولى فان أقر انه وطئها وولدت ثم استحقها رجل فلا مهر له علي العبد حتى يعتق أما فى جارية المولى فلانه لم يأذن له فى جماعها ففعله بها يكون زنا والزنا لا يوجب المهر

وبالاستحقاق يتقرر معنى الزنا وأما فى الجارية التى هى من كسبه فاقراره بوطئها صحيح وذلك ليس بزنا يوجب الحد حتى يتعلق به ثبوت النسب اذا ادعاه فاذا استحقت أخذه بالعقر فى الحال بمنزلة مالو باشر وطأها بمعاينة الشهود ولان وجوب المهر هاهنا باعتبار سبب هو تجارة فيؤاخذ به فى الحال وقد بينا الفرق بينه وبين النكاح واذا أذن الراهن للعبد المرهون فى التجارة فتصرف ولحقه دين فهو مرهون علي حاله لان قيام حق المرتهن يمنع المولي من اكتساب سبب يثبت الدين به عليه فى مزاحمة المرتهن فكذلك اذا أذن له فى التصرف فلحقه دين فاذا استوفى المرتهن ماله بيع في الدين لان المانع حق المرتهن وقد سقط فان فضل من دينه شئ فلا سبيل للغرماء حتى يعتق كما لو لم يكن العبد مرهونا وان كان العبد تاجرا وله علي رجل ألف درهم ثم ان مولى العبد وهب العبد للغريم وقبضه جازت الهبة والدين لازم عليه لمولى العبد علي حاله لانه وهب العبد دون المال والمال كسب العبد فى ذمة المديون فهو نظير مال هو عين فى يده فلا تتناوله الهبة ولكنه سالم لمولاه بعد اخراجه العبد من ملكه بالهبة ولو كان علي العبد المأذون دين خمسمائة وقيمته ألف فكفل لرجل عن رجل بالف درهم باذن مولاه ثم استدان ألفا أخرى ثم كفل بالف أخرى ثم بيع العبد بالف فيقول أما الكفالة الاولى فيبطل نصفها ويضرب صاحبها بنصفها فى ذمته لان الفارغ عن ماليته عند الكفالة الاولى كان بقدر خمسمائة وكفالته باذن المولى انما تصح فيما هو فارغ عن ماليته عن حق غريمه وقت الكفالة فيثبت من دين المكفول له الاول مقدار خمسمائة درهم والكفالة الثانية باطلة لانه حين كفل بها لم يكن شئ من ماليته فارغا فيضرب صاحب الدين الاول بخمسمائة وصاحب الدين الثانى بجميع دينه وهو ألف وصاحب الكفالة الاولى بخمسمائة فيصير ثمن العبد وهو ألف درهم بينهم ارباعا غير انك تجعل كل خمسمائة سهما بقدر مائتين وخمسين يسلم لصاحب الدين الاول ومثله لصاحب الكفالة الاولى ومقدار خمسمائة لغريم العبد الآخر وعلى هذا جميع الاوجه وقياسه والله أعلم

كتاب الديات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمه الله) اعلم بان القتل بغير حق من أعظم الجنايات بعد الاشراك بالله تعالى قال الله تعالى

من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الارض فكأنما قتل الناس جميعا وقال النبي عليه السلام الا أن اعتى الناس ثلاثة رجل قتل غير قاتل أبيه ورجل قتل قبل أن يدخل الجاهلية ورجل قتل في الحرم وقال فى خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا فى مقامى هذا ولما قتل محلم بن جثامة رجلا من أهل الجاهلية قال النبي عليه السلام لا يرحم فدفن بعد موته فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض فقال أما انها تقبل من هو أعظم جرما منه ولكن الله أراكم حرمة القتل وفى قتل النفس افسادا لعالم ونقض البنية ومثل هذا الفساد من أعظم الجنايات ومعلوم ان الجانى مأخوذ عن الجناية الا انه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد فى الآخرة ما انزجر الا قليل القليل فان أكثر الناس انما ينزجرون مخافة العاجلة بالعقوبة وذلك بما يكون متلفا للجانى أو مجحفا به فشرع الله القصاص والدية لتحقق معنى الزجر وهذا الكتاب لبيان ذلك وقد سماه محمد رحمه الله كتاب الديات لان وجوب الدية بالقتل أعم من وجوب القصاص فان الدية تجب فى الخطأ وفى شبه العمد وفي العمد عند تمكن الشبهة وكذلك الدية تتنوع أنواعا والقصاص لا يتنوع فلهذا رجح جانب الدية فى نسبة الكتاب اليها واشتقاق الدية من الاداء لانها مال مؤدى فى مقابلة متلف ليس بمال وهو النفس والارش الواجب فى الجناية على ما دون النفس مؤدى أيضا وكذلك القيمة الواجبة فى سائر المتلفات الا أن الدية اسم خاص فى بدل النفس لان أهل اللغة لا يطردون الاشتقاق فى جميع مواضعه لقصد التخصيص بالتعريف وسمى بدل النفس عقلا أيضا لانهم كانوا اعتادوا ذلك من الابل فكانوا يأتون بالابل ليلا الى فناء أولياء المقتول فيعقلونها فتصبح أولياء القتيل والابل معقولة بفنائهم فلهذا سموه عقلا * ثم بدأ الكتاب فقال قال أبو حنيفة رحمه الله القتل على ثلاثة أوجه عمد وخطأ وشبه العمد والمراد به بيان أنواع القتل بغير حق فيما يتعلق به من الاحكام كان أبو بكر الرازى يقول القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ وما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجرى مجرى الخطأ أما العمد فهو ما تعمدت ضربه بسلاح لان العمد هو القتل وقصد ازهاق الحياة وهي غير محسوسة لقصد أخذها فيكون القصد الى ازهاق الحياة بالضرب بالسلاح الذى هو جارح عامل فى الظاهر والباطن جميعا ثم المتعلق بهذا الفعل أحكام منها المأثم وذلك منصوص عليه فى قوله ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا

فيها الآية ومنها القصاص وهو ثابت فى قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وما أخبر الله تعالى أنه كتبه على من قبلنا فهو مكتوب علينا ما لم يقم دليل النسخ فيه وقد نص على أنه مكتوب علينا فقال كتب عليكم القصاص فى القتلى ثم بين وجه الحكمة فيه بقوله ولكم فى القصاص حياة وفيه معنيان أحدهما أنه حياة بطريق الزجر لان من قصد قتل عدوه فاذا تفكر فى عاقبة أمره انه اذا قتله قتل به انزجر عن قتله فكان حياة لهما والثانى أنه حياة بطريق دفع سبب الهلاك فان القاتل بغير حق يصير حربا على أولياء القتيل خوفا على نفسه منهم فهو يقصد افناءهم لازالة الخوف عن نفسه والشرع مكنهم من قتله قصاصا لدفع شره عن أنفسهم واحياء الحى فى دفع سبب الهلاك عنه وقال عليه الصلاة والسلام العمد قود أى موجبه القود فان نفس العمد لا يكون قودا وقال صلوات الله عليه وسلامه كتاب الله القصاص أي حكم الله والقصاص عبارة عن المساواة وفى حقيقة اللغة هو اتباع الأثر قال الله تعالى وقالت لاخته قصيه واتباع أثر الشئ في الاتيان بمثله فجعل عبارة عن المساواة لذلك ومن حكمه حرمان الميراث ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة وفى رواية لا شئ للقاتل أى من الميراث ومن حكمه وجوب المال به عند التراضى أو عند تعذر ايجاب القصاص للشبهة ثبت ذلك بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان أى فمن أعطى له من دم أخيه شئ لان العفو بمعنى الفضل قال الله تعالى يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو والمراد به اذا رغب القاتل فى اداء الدية فالمولى مندوب الى مساعدته على ذلك وعلى القاتل اداؤه اليه باحسان اذا ساعده الولي وهذه الدية تجب فى مال القاتل اذا كان بطريق الصلح والتراضي فكانه هو الذى التزمه بالعقد وأما اذا كان عند تعذر استيفاء القصاص فلان فى الدية الواجبة عليه معنى الزجر ومعنى الزجر انما يتحقق فيما يكون اداؤه مجحفا به وهو الكثير من ماله ويختلفون فى وجوب الدية بهذا الفضل عند وجوب القصاص به فالمذهب عندنا انه لم تجب الدية بالعمد الموجب للقصاص الا أن يصالح الولى القاتل على الدية وللشافعى رضى الله عنه فيه قولان فى أحد القولين موجب العمد أحد شيئين القصاص أو الدية يتعين ذلك باختيار المولى وفى القول الآخر موجبه القصاص الا أن للولى أن يختار أخذ الدية من غير رضا القاتل واحتج في ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية فهذا تنصيص

على ان كل واحد منهما موجب القتل وان الولى مخير بينهما ولما أتى بالقاتل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه السلام للولى أتعفو فقال لا فقال أتأخذ الدية فقال لا فقال القتل فقال نعم ففى هذا بيان أن الولى يستبد باخذ الدية كما يستبد بالعفو والقتل والمعنى فيه ان هذا اتلاف حيوان متقوم فيكون موجبا ضمان القيمة كاتلاف سائر الحيوانات وقيمة النفس الدية وهذا لان الحيوان ليس من ذوات الامثال واتلاف المتقوم مما لا مثل له يوجب القيمة وقيمة النفس الدية بدليل حالة الخطأ فان الدية انما تجب بالاتلاف لا بصفة الخطأ لانه عذر مسقط والمتلف فى حالة العمد ما هو المتلف فى حالة الخطأ الا أن الشرع أوجب القصاص بمعنى الانتقام وشفاء الصدر للولى ودفع الغيظ عنه فكان ذلك بخلاف القياس لانه اتلاف والاتلاف لا يكون واجبا بمقابلة الاتلاف وهو ليس بمثل (ألا ترى) ان الجماعة يقتلون بالواحد ولا مماثلة بين العشرة والواحد فعرفنا أنه ممنوع بمعنى زيادة النظر للولى وذلك فى أن لا يسقط حقه فى الواجب الاصلى بل يكون متمكنا فيه كما لو قطع يد انسان ويد القاطع شلاء أو ناقصة باصبع فان القصاص واجب ولصاحب الحق أن يأخذ الارش بغير رضا الجانى لهذا المعنى ولان النفس محترمة بحرمتين وفى اتلافها هتك الحرمتين جميعا حرمة حق الله تعالى وحرمة حق صاحب النفس وجزاء حرمة الله تعالى العقوبة زجرا وجزاء هتك حرمة العبد الغرامة جبرا ولكن تعذر الجمع بينهما ههنا لان كل واحد منهما يوجب حقا للعبد حتى يعمل فيه اسقاطه ويورث عنه ويسقط باذنه ولا يجوز الجمع بين الحقين لمستحق واحد بمقابلة محل واحد فاثبتنا الجمع بينهما على سبيل التخيير وقلنا ان شاء مال الى جانب هتك حرمة حق الله تعالى واستوفى العقوبة وان شاء مال الى جهة حرمة حق العباد فيستوفى الدية ولا خلاف ان احد الشريكين فى الدم اذا عفا ان الآخر يستوفى المال ولو لم يكن المال واجبا بنفس القتل لما وجب بالعفو لان العفو مسقط ولو وجب بالعفو لوجب على العافى وان كان محسنا كضمان الاعتاق يجب على المعتق اذا كان موسرا ولما وجب المال للآخر على القاتل عرفنا انه كان واجبا بنفس القتل ولما ظهر ذلك عند العفو فى حق من لم يعف فكذلك يظهر فى حق العافى اذا عفا عن القصاص فقلنا يتمكن من أخذ المال ولان القاتل فى الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا ملق نفسه فى التهلكة فيكون ممنوعا شرعا كالمضطر اذا وجد طعاما يشتريه ومعه ثمنه يفترض عليه شراؤه شرعا لهذا المعنى

فكذا هاهنا، وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود فقد أدخل الالف واللام فى العمد وذلك للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس ها هنا معهود فكان للجنس وفيه تنصيص على ان جنس العمد موجب للقود فمن جعل المال واجبا بالعمد مع القود فقد زاد فى النص والى هذا أشار ابن عباس رضى الله عنه فى قوله العمد قود ولا مال له فيه وعن علي وابن مسعود رضى الله عنهما قالا فى دم عمد بين شريكين عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا فتخصيصهما غير العافى بوجوب المال له دليل على أن العافى لا شئ له فأما ماروى من قوله فأهله بين خيرتين فقد اختلفت الرواية فيه فان فى بعض الروايات ان أحبوا قتلوا وان أحبوا فادوا والمفاداة على ميزان المفاعلة يقتضى وجود الفعل بين اثنين بالتراضى وذلك أخذ الدية بطريق الصلح وتأويل الرواية التى قال وان أحبوا أخذوا الدية من جهتين احداهما انه انما لم يذكر رضا القاتل لان ذلك معلوم ببديهة العقل فان من أشرف على الهلاك اذا تمكن من دفع الهلاك عن نفسه باداء المال لا يمتنع من ذلك الا من سفهت نفسه لان امتناعه لابقاء منفعة المال سفه ولا يتصور ذلك بعد ما تلفت نفسه وهو نظير قوله عليه الصلاة والسلام خذ سلمك أو رأس مالك وهو فى أخذ رأس المال يحتاج الي رضا المسلم اليه ولم يذكره لالانه غير محتاج اليه بل لانه معلوم بطريق الظاهر والثانى ان المراد أن لا يجبر الولى على أخذ الدية شاء أو أبى لاان له أن يجبر غيره على اداء الدية بدليل قصة الحديث فانه روى ان رجلا من خزاعة قتل رجلا من هذيل يوم فتح مكة بعد ماأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالكف عن القتل فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أما أنتم يامعاشر خزاعة فقد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقلته فوداه بمائة من الابل من عند نفسه ثم قال فمن قتل له بعد اليوم قتيل فأهله بين خيرتين فقد أجبر الولى على أخذ الدية ثم تبين بهذا اللفظ ان الحكم قد انتسخ وان الولى لايجبر على أخذ الدية بعده وفى الحديث الآخر عرض الدية على الولى وهذا لاينفى كون رضا القاتل مشروطا فيه ولكنه اما أن يكون قصد التبرع باداء الدية من عنده ولم يعتبر رضا القاتل فى هذه الحالة أو أراد أن يعلم رغبة الولى فى أخذ الدية ثم يشتغل باسترضاء القاتل كمن سعى بالصلح بين اثنين يسترضى أحدهما فاذا تم له ذلك حينئذ استرضى الآخر والمعنى فى المسئلة انه أتلف شيأ مضمونا فيتقدر ضمانه بالمثل ماأمكن كاتلاف المال وتفويت حقوق الله تعالى من الصوم والصلاة والزكاة يكون الواجب فيها

المثل اذا أمكن وهذا لان ضمان المتلفات مقدر بالمثل بالنص قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم ولان الزيادة على المثل ظلم على المتعدى وفى النقصان بخس بالمتعدى عليه والشرع انما يأمر بالعدل وذلك بالمثل اذا ثبت هذا فنقول الدية ليست بمال للمتلف والقصاص مثل أمابيان أن الدية ليست بمثل فلان المماثلة بين الشيئين تعرف صورة أو معنى ولا مماثلة بين المال والآدمى صورة ولا معنى والنفس مخلوقة لاماتة الله تعالى والاشتغال بطاعته ليكون خليفة فى الارض والمال مخلوق لاقامة مصالح الآدمى به ليكون مبتذلا فى حوائجه فاما القصاص من حيث الصورة فلانه قتل بازاء قتل وازهاق حياة بازهاق حياة ومن حيث المعنى فالمقصود بالقتل ليس الا الانتقام والثانى فى معنى الانتقام كالاول وبهذا سمى قصاصا ثم المثل واجب بطريق الجبر ولا يحصل جبران الحياة بالمال وانما جبران الحياة بحياة مثلها وذلك فى القصاص فان الله تعالى نص على أن فى القصاص حياة فعلينا أن نعتقد هذا المعنى فى القصاص عقلناه أو لم نعقله ثم هو معقول من الوجه الذى ذكرنا انه حياة بطريق دفع سبب الهلاك ولكن للولى الذى هو قائم مقام المقتول كما ان المال فى الموضع الذى يجب انما ينتفع به الذى هو قائم مقام المقتول ولا حاجة بنا الى اثبات المماثلة فى القصاص لان ذلك واجب بالقصاص وهو محض حق العبد ولا حق للعبد الا فى المثل فاما أجزية الافعال المحرمة فتجب حقا لله تعالى وانما حاجتنا الى أن يثبت ان المال ليس بمثل النفس وقد أثبتنا ذلك فقلنا لا يجب بمقابلة النفس المتلفة قتلا الا فى الموضع الذى يجب بتعذر ايجاب المثل فحينئذ يجب المال بالنص بخلاف القياس وهو فى حالة الخطأ لان المثل نهاية فى العقوبات المعجلة فى الدنيا والخاطئ معذور فتعذر ايجاب المثل عليه ونفس المقتول محرمة لا يسقط جزء منها بعذر الخاطئ فوجب صيانتها عن الهدر فأوجب الشرع المال فى حالة الخطأ لصيانة النفس المحرمة عن الاهدار لا بطريق انه مثل كما أوجب الفدية على الشيخ الفانى عند وقوع اليأس به عن الصوم وذلك لا يدل على أن الاطعام مثل الصوم واذا ثبت أن وجوب المال بهذا الطريق فى الموضع الذى يتمكن فيه من استيفاء مثل حقه لا معنى لايجاب المال وكما ثبت هذا المعنى فى الخطأ قلنا فى كل موضع من مواضع العمد يتحقق هذا المعنى نوجب هذ المال أيضا لان المخصوص من القياس بالنص يلحق به ما يكون فى معناه من كل وجه فالاب اذا قتل ابنه عمدا يجب المال لتعذر ايجاب القصاص لحرمة الابوة واذا

عفى أحد الشريكين يجب للآخر المال لانه تعذر عليه استيفاء القصاص لمعنى فى القاتل وهو انه حتى يقص نفسه بعفو الشريك فكان ذلك فى معنى الخطأ فوجب المال للاخر ولا يجب للعافى لانه انما تعذر استيفاء القصاص على العافى باسقاطه من جهته لا بمعنى فى القاتل ثم اقدام العافى على العفو يكون تعيينا منه لحقه فى القصاص لان العفو يعترف فيه بالاسقاط وذلك لا يكون الا بعد تعيين حقه فيه ومع تعيين حقه فى القصاص لا يجب له المال واذا مات من عليه القصاص انما لا نوجب المال لان هذا ليس فى معنى الخاطئ من كل وجه فان تعذر ايجاب استيفاء القصاص بعد موته كان لفوات المحل فلو ألحقنا هذا بالخاطئ لمعني التعذر كان قياسا والمخصوص من القياس لا يقاس عليه غيره واذا كانت يد القاطع شلاء فالمجنى عليه هاهنا عاجز عن استيفاء مثل حقه بصفته لا لفوات المحل بل لمعنى فى الجانى فان شاء تجوز بدون حقه وان شاء مال الى استيفاء الارش بمنزلة من أتلف على آخر كر حنطة ولم يجد عنده الا كرا رديئا فانه يتخير بين أن يتجوز بدون حقه وبين أن يطالب بالقيمة لتعذر استيفاء المثل بصفته بخلاف ما اذا قطعت يد القاطع ظلما لان تعذر الاستيفاء هاهنا لفوات المحل فلم يكن فى المعنى الاول وهو بخلاف ما اذا قطعت يده فى سرقة أو قصاص فانه يجب الارش لان المحل هناك فى معنى القائم حكما حين قضي به حقا مستحقا عليه فيكون كالسالم له حكما فمن هذا الوجه هو فى معنى الخطأ وما قال ان فى النفس حرمتين فنقول فى نفس القاتل حرمتان كما فى نفس المقتول فاذا أوجبنا القصاص يحصل به مراعاة الحرمتين جميعا ثم القصاص لا يجب الا باعتبار الحرمتين جميعا واذا اعتبرناهما لايجاب القصاص لا يبقي حرمة أخرى تعتبر لايجاب المال ولو كان المعنى الذى قاله صحيحا لوجب ان يجمع بينهما استيفاء كمن قتل صيدا مملوكا فى الحرم يجمع بين وجوب الكفارة لحرمة حق الله تعالى ووجوب الضمان لحق المالك وفيما قررنا جواب عما قال ان القصاص واجب بخلاف القياس فانه لما كان المثل صورة ومعنى هو القصاص علم أنه هو الموجب الاصلي والذى قال انه بالامتناع من اداء الدية يسلم نفسه فى التهلكة ضعيف فان القاء النفس فى التهلكة انما كان بالقبيل السابق فأما بالامتناع من اداء الدية يسلم نفسه لايفاء حق مستحق عليه ويمتنع من اداء ما ليس عليه فلا يكون به ملقيا نفسه فى التهلكة وأما شبه العمد فهو ما تعمدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد فان فى هذا الفعل معنيين العمد باعتبار قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطأ باعتبار

انعدام القصد منه الى القتل لان الآلة التي استعملها آلة الضرب للتأديب دون القتل والعاقل انما يقصد كل فعل بآلته فاستعماله آلة التأديب دليل على انه غير قاصد الى القتل فكان في ذلك خطأ لشبه العمد صورة من حيث انه كان قاصدا الى الضرب والى ارتكاب ماهو محرم عليه وكان مالك رحمه الله يقول لاأدرى ماشبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ وهذا فاسد فان شبه العمد ورد الشرع به على ماروا النعمان بن بشير رضي الله عنه ان النبي صلي الله عليه وسلم قال الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها خلفة في بطونها أولادها والصحابة اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا الدية فيه مغلظة مع اختلافهم في صفة التغليظ على ما نبينه وقال على رضي الله عنه شبه العمد الضربة بالعصا والعزقة بالحجر العظيم فاما بيان أحكام شبه العمد فنقول انه لاقصاص فيه لتمكن الشبهة والخطأ من حيث انعدام القصد الى القتل والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وهي تعمد المساواة ولا مساواة بين قتل مقصود وقتل غير مقصود ثم هذا القتل لما اجتمع فيه معنيان أحدهما يوجب القصاص والآخر يمنع ترجح المانع على الموجب لان السعي في ابقاء النفس واجب ماأمكن فان الابقاء حياة حقيقة وفي القصاص حياة حكما فلهذا لا يوجب القود في شبه العمد واذا تعذر ايجاب القود وجبت الدية وهي مغلظة كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله أربعون خلفة في بطونها أولادها وهو مروى عن ابن عمر وابن مسعود وأبي موسى الاشعرى والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم انهم أوجبوا الدية مغلظة في شبه العمد وهذا التغليظ انما يظهر في أسنان الابل اذا وجبت الدية منها لافي شئ آخر وهذه الدية على عاقلة القاتل بمنزلة الدية في الخطأ وهو قول عامة العلماء وكان أبو بكر الاصم يقول لا تجب الدية علي العاقلة بحال لظاهر قوله ولا تزر وازرة وزر أخرى ولقول رسول الله صلي الله عليه وسلم لابى رمثة حين دخل عليه مع ابنه أما انه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه أى لا يؤخذ بجنايتك ولا تؤخذ بجنايته ولان ضمان الاتلاف يجب على المتلف دون غيره بمنزلة غرامات الاموال وهذا أولى لان جناية المتلف في اتلاف النفس أعظم من جنايته في اتلاف الاموال ولكنا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عقل جناية كل بطن من الانصار عليهم وفي حديث حمدان بن مالك ابن نابغة قال كنت بين جاريتين لى فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام

لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها عمران بن عويمر الاسلمي أيدي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وفى رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه تنصيص على ايجاب الدية على القاتل ثم هو معقول المعنى من أوجه أحدها ان مثل هذا الفعل انما يقصده القاتل بزيادة قوة له وذلك انما يكون بالتناصر الظاهر بين الناس ولهذا التناصر أسباب منها مايكون بين أهل الديوان باجتماعهم فى الديوان ومنها ما يكون بين العشائر وأهل المحال وأهل الحرف فانما يكون تمكن الفاعل من مباشرتهم بنصرتهم فيوجب المال عليهم ليكون زجرا لهم عن غلبة سفهائهم وبعثا لهم على الاخذ على أيدى سفهائهم لكيلا تقع مثل هذه الحادثة هذا فى شبه العمد وكذلك فى الخطأ لان مثل هذا الامر العظيم قلما يبتلي به المرء من غير قصد الا لضرب استهانة وقلة مبالاة تكون منه وذلك بنصره من ينصره ثم الدية مال عظيم وفى ايجاب الكل علي القاتل اجحاف به فأوجب الشرع ذلك علي العاقلة دفعا لضرر الاجحاف عن القاتل كما أوجب النفقة على الاقارب بطريق الصلة لدفع ضرر الحاجة ولهذا أوجب عليهم مؤجلا على وجه يقل مايؤديه كل واحد منهم فى كل نجم ليكون الاستيفاء فى نهاية من التيسير عليهم ولان كل واحد منهم يخاف على نفسه أن يبتلى بمثل ذلك فهذا يواسي ذلك اذا ابتلي به وذلك يواسى هذا فيدفع ضرر الاجحاف من كل واحد منهم ويحصل معنى صيانة دم المقتول عن الهدر ومعنى الاعسار لورثته بحسب الامكان وبهذا يتبين أنا لا نجعل وزر أحد علي غيره وانما نوجب مانوجبه على العاقلة بطريق الصلة فى المواساة وبهذا لا نوجب ذلك ان كان المتلف مالا لان الواجب قل ما يعظم هناك بل يتقدر بقدر المتلف فلا يؤدى الى الاجحاف بالمتلف ان لو ضمن به وهذا لانوجب القليل من الارش وهو ما دون ارش الموضحة على العاقلة ومن موجب شبه العمد أيضا حرمان الميراث لانه جزاء أصل الفعل وهو مالا يندرئ بالشبهات ومن موجبه الكفارة أيضا باعتبار هذا المعنى لانه جزاء أصل الفعل وهو مما لا يندرى بالشبهات وبهذا ثبت فى الخطأ المحض ففى شبه العمد أولى وأما الخطأ فهو ماأصبت مما كنت تعمدت غيره والخطأ نوعان أحدهما أن تقصد الرمى الي صيد أو هدف أو كافر فيصيب مسلما فهذا خطأ من حيث انه انعدم منه القصد الي المحل الذى أصاب والثانى أن يرى شخصا يظنه حربيا فاذا هو مسلم أو يظنه صيدا فاذا هو مسلم فهذا خطأ باعتبار مافى قصده وان كان هو قاصدا الي المحل الذى أصابه وحكم

الخطأ انه لايجب فيه القصاص لان الخطأ موضوع عنا رحمة من الشرع قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وقال ربنا لاتؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا وقال عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فاذا تعذر ايجاب القصاص وجبت الدية بالنص قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وبينا المعنى فيه لصيانة دم المقتول عن الهدر فاستحقاق صيانة نفسه لا يسقط بعذر الخاطئ ومن موجبه الكفارة فانها تثبت بهذا النص أيضا والمعنى فيه معقول فان القتل أمر عظيم قل ما يبتلى به المرء من غير قصد مالم يكن به تهاون فى التحرز وعلى كل أحد المبالغة فى التحرز لكيلا يبتلى بمثل هذا الامر العظيم فاذا ترك ذلك كان هو ملتزما بترك التحرز فنوجب عليه الكفارة جزاء على ذلك ولان مثل هذا الامر العظيم لا يبتلى به المرء الا بنوع خذلان وهذا الخذلان لا يكون الا عن ذنوب سبقت منه والحسنة تذهب السيئة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات فوجب عليه الكفارة لتكون ماحية للذنوب السابقة فلا يبتلي بمثل هذا الامر العظيم بعدها وفى سيئة العمد معنى ايجاب الكفارة أظهر لما يلحقه من المأثم بالقصد الى أصل الفعل وفيه حديث واثلة ابن الاسقع حيث قال أتينا رسول الله صلي الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب النار بالقتل فقال عليه السلام اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار لايكون الا بالاقدام على قتل محرم وقد قامت الدلالة على ان الكفارة لاتجب فى العمد المحض فعرفنا ان المراد شبه العمد ثم قال الشافعي المعنى فى وجوب الكفارة بالقتل انه نقص من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمع والجماعات فعليه اقامة نفس مقام ما تلف ولا يمكنه ذلك احياء فعليه اقامة مقام النفس المتلفة تحريرا لان الحرية حياة والرق تلف وبهذا أوجب الكفارة على العامد وقلنا نحن انما أوجب الكفارة عليه لان الشرع سلم له نفسه شكرا لله حين أسقط عنه القود بعذر الخطأ مع تحقق اتلاف النفس منه فعليه اقامة نفس مقام نفسه شكرا لله وذلك فى أن تحرر نفس منه لتشتغل بعبادة الله وان عجز عن ذلك فعليه صوم شهرين متتابعين شكرا لله حيث سلم له نفسه وبهذا لانوجب الكفارة على العامد لان الشرع أوجب عليه القصاص ونوجبها فى شبه العمد لان الشرع سلم له نفسه تخفيفا عليه وترجيح أحد المعنيين على الآخر يبين فى مسئلة كفارة العمد اذا انتهينا اليها ان شاء الله تعالى وليس فى هذه الكفارة اطعام عندنا وفى أحد قولي الشافعى اذا عجز عن الصوم يطعم ستين مسكينا بالقياس على كفارة

الظهار وهو بناء على أصله ان قياس المنصوص على المنصوص يجوز فان المطلق والمقيد فى حادثتين يحمل أحدهما على الآخر وذلك غير جائز عندنا وموضع بيانه أصول الفقه فاما ما أجرى مجرى الخطأ على ما ذكره الرازي فهو النائم اذا انقلب على انسان فقتله وهذا ليس بعمد ولا خطأ لانه لا تصور للقصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد أو ترك التحرز ولكن الانقلاب الموجب لتلف ما انقلب عليه يتحقق من النائم فيجرى هذا مجرى الخطأ حتى تجب الدية على عاقلته والكفارة ويثبت به حرمان الميراث ليوهم أن يكون متهاونا ولم يكن نائما قصدا منه الى استعجال الميراث وأظهر من نفسه القصد الى محل آخر فأما ما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجرى مجرى الخطأ فهو حافر البئر وواضع الحجر فى الطريق فليس بمباشر للقتل لان مباشرة القتل بايصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض فعرفنا انه ليس بقاتل عمد ولا شبه عمد ولا خطأ ولا ما أجرى مجرى الخطأ بل هو بسبب متعد فنوجب الدية على عاقلته للحاجة الى صيانة النفس المتلفة عن الهدر ولا يجب عليه الكفارة ولا يحرم الميراث على ما يأتيك بيانه فى بابه قال وفى النفس الدية معناه بسبب اتلاف النفس فان حرف فى للظرف حقيقة والنفس لا تكون ظرفا للدية بل قتلها سبب لوجوب الدية كما يقال فى النكاح حل وفى الشراء ملك وهذا لقوله تعالى ودية مسلمة الى أهله وقال عليه السلام فى النفس مائة من الابل وقال على رضى الله عنه فى النفس الدية وما لا يعرف بالرأى والمنقول عنه فيه كالمرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الانف الدية والحاصل ان ما لا ثانى له فى البدن من اعضاء أو معان مقصودة فاتلافها كاتلاف النفس فى انه يجب بها كمال الدية والاعضاء التى هى افراد ثلاثة الانف واللسان والذكر وذلك مروي فى حديث سعيد ابن المسيب ان النبي عليه السلام قال فى الانف الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وهكذا روى عن علي بن أبى طالب ثم قطع الانف تفويت جمال كامل ومنفعة كاملة وامتياز الآدمى من بين سائر الحيوانات فات بهما فتفويتهما فى معنى تفويت النفس فكما تجب الدية بقطع جميع الانف بحيث يقطع المارن لان تفويت الجمال به يحصل وكذلك تفويت المنفعة لان المنفعة فى الانف اجتماع الروائح فى قصبة الانف لتعلو منها الى الدماغ وذلك تفوت بقطع المارن والمارن ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه وكذلك فى اللسان الدية لان الآدمى قد امتاز من بين سائر الحيوانات باللسان وقد من الله تعالى به على عباده فقال تعالى خلق الانسان علمه البيان

وذلك يفوت بقطع اللسان ففيه تفويت أعظم المقاصد في الآدمي وكذلك في قطع بعض اللسان اذا منع الكلام وان كان بحيث يمنع بعض الكلام دون البعض فالجواب الظاهر ان فيه حكومة عدل لانه لم يتم تفويت المقصود بهذا القدر وانما تمكن فيه نقصان فيجب باعتباره حكومة عدل وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان الدية تقسم على الحروف فحصة ما يمكنه ان يصححه من الحروف تسقط عنه وحصة مالا يمكنه ان يصححه من الحروف تجب عليه ولكن على هذا القول لا يعتبر في القسمة الا الحروف التي تكون باللسان فاما الهاء والحاء والعين لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة وفي الكتاب روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في اللسان بالدية وفي الانف بالدية قال وفي الذكر دية لان في الذكر تفويت منفعة مقصودة من الآدمي وهي منفعة النسل ومنفعة استمساك البول والرمي به عند الحاجة وكذلك في الحشفة الدية كاملة لان تفويت المقصود يحصل بقطع الحشفة كما يحصل بقطع جميع الذكر ووجوب الدية الكاملة باعتباره والمعاني التي هي افراد في البدن العقل والسمع والبصر والذوق والشم ففي كل واحد منها دية كاملة هكذا روى عن عمر رضي الله عنه انه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة كان ضرب على رأسه فأذهب عقله وسمعه وبصره ومنفعة ذكره وكان المعنى فيه ان العقل من أعظم ما يختص به الآدمي وبه ينتفع بنفسه في الدنيا والآخرة وبه يمتاز من البهائم فالمفوت له كالمبدل لنفسه الملحق له بالبهائم وكذلك منفعة السمع فانها منفعة مقصودة بها ينتفع المرء بنفسه وكذلك منفعة البصر فانها مقصودة (ألا ترى) أن الناس يقولون للذي لا يبصر له بمنزلة الميت الذي لم يدفن وكذلك منفعة الشم منفعة مقصودة في البدن ومنفعة الذوق كذلك فتفويتها من وجه استهلاك باعتبار ان فيه منفعة مقصودة فيوجب كمال الدية وكذلك في الصلب الدية كاملة اذا منع الجماع لما فيه من تفويت منفعة مقصودة وهي منفعة النسل وكذلك اذا حدث فان فيه تفويت جمال كامل لان الجمال للآدمي في كونه منتصب القامة قيل في معنى قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم منتصب القامة وذلك يفوت اذا حدب والجمال للآدمي مطلوب كالمنفعة فتفويت الجمال الكامل يوجب دية كاملة فان عاد الى حاله ولم ينقصه ذلك شيأ الا أن فيه أثر الضربة ففيه حكومة عدل لانه بقي بعض الشين ببقاء أثر الضربة فيجب باعتباره حكم عدل ومن هذه الجملة الافضاء في المرآة اذا كانت بحيث لا تستمسك البول فانه يوجب كمال الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة

لا ثانى لها فى البدن وهى منفعة استمساك البول وذكر المبرد أن النبي عليه السلام قال فى الصعر الدية وفسر المبرد ذلك بتعويج الوجه وفيه تفويت جمال كامل وأما ما يكون زوجا فى البدن فنى قطعهما كمال الدية وفى أحدهما نصف الدية وأصل ذلك فى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قال فى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية وهكذا روى عن علي رضى الله عنه قال الاعضاء التى هى أزواج فى البدن العينان والاذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والانثيان والرجلان أما فى العينين اذا فقئا الدية كاملة بتفويت الجمال والمنفعة المقصودة وأما فى الاذنين الشاخصتين فالدية كاملة لان فى قطعهما تفويت الجمال الكامل وتفويت المنفعة أيضا فان الاصوات تجتمع فيها وتنفذ الى الدماغ وبهما تتقى الاذى عن الدماغ ففيهما الدية وفى احداهما نصف الدية وكذلك فى الحاجبين اذا حلقهما على وجه أفسد المنبت أو نتفهما فأفسد النبت لان فيه تفويت جمال كامل فيجب فيهما الدية وفى احداهما نصف الدية عندنا خلافا للشافعي رضى الله عنه على مانبينه فى فصول الشعر ان شاء الله وفى الشفتين معنى الجمال الكامل والمنفعة الكاملة فبقطعهما تجب الدية كاملة وبقطع احداهما نصف الدية والعليا والسفلى فى ذلك سواء وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال فى السفلى ثلثا دية وفى العليا ثلث الدية لان فى العليا جمالا فقط وفى السفلى جمالا ومنفعة وهى استمساك الريق بها وكذلك فى اليدين فان منفعة البطش فى الادمى منفعة مقصودة فنى قطعهما تفويت هذه المنفعة وفى قطع احداهما تنقيصه وكذلك في ثديي المرأة منفعة مقصودة كاملة وهى منفعة رضاع الولد وكما تجب الدية بقطع ثدييها تجب بقطع حلمتيها لان تفويت المنفعة يحصل بقطع الحلمة كما يحصل بقطع جميع الثدى فهو نظير ما ذكرنا فى الحشفة مع الذكر والمارن مع الانف وفى الانثيين منفعة مقصودة وهى منفعة الامناء والنسل ففيهما الدية وفى احداهما نصف الدية وفى الرجلين منفعة مقصودة وهى منفعة المشي وانتفاع المرء بنفسه انما يكون اذا تمكن المرء من المشى فقطع الرجلين بمنزلة استهلاكه حكما وأما ما يكون أرباعا فى البدن فهو اشفار العينين يجب فى كل شفر ربع الدية ويستوى ان نتف الاهداب فأفسد المنبت أو قطع الجفون كلها بالاشفار لان تفويت الجمال يتم بذلك وكذلك تفويت المنفعة لان الاهداب والجفون تقي الاذى عن العينين وتفويت ذلك ينقص من البصر ويكون آخره العمي فيجب فيها كمال الدية وهى ارباع فى البدن فتوزع الدية عليها

فى كل واحدة منها ربع الدية فأما ما يكون اعشارا فى البدن كالاصابع يعنى أصابع اليدين أو الرجلين فان قطع أصابع اليد يوجب كمال الدية لما فيها من تفويت منفعة البطش والبطش بدون الاصابع لايتحقق وفى كل أصبع عشر الدية هكذا روى فى حديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام قال وفى كل أصبع عشر من الابل وجميع ماذكرنا مذكور فيما كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم وفيها وفى كل أصبع عشر من الابل وفى كل سن خمس من الابل وهكذا رواه عبد الله بن عمر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضي الله عنه فى الابتداء يقول فى الخنصر ست من الابل وفى البنصر تسع من الابل وفى الوسطى عشر وفى السبابة والابهام خمس وعشرون ثم لما بلغه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجع الى الحديث فقال الاصابع كلها سواء والذى تبيناه فى أصابع اليد كذلك فى أصابع الرجل لان فى قطعها تفويت منفعة المشى ومنفعة المشي كمنفعة البطش والصغير والكبير فى جميع ماذكرنا سواء لان فى اعضائه عرضة لهذه المنافع مالم يصبها آفة ففى تفويتها تفويت المنفعة كما فى حق الكبير وأما مازيد على ذلك فى البدن فهى الاسنان يجب فى كل سن نصف عشر الدية لما روينا من الحديث ويستوى فى ذلك الانياب والنواجذ والضواحك والطواحين ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة ولسنا نأخذ بذلك لان النبي عليه الصلاة والسلام قال فى كل سن خمس من الابل من غير تفصيل ثم ان كان فى بعضها زيادة منفعة ففى بعضها زيادة جمال والجمال في الآدمى كالمنفعة حتى قيل اذا قلع جميع أسنانه فعليه ستة عشر ألفا لان الاسنان اثنان وثلاثون سنا فاذ الواجب فى كل نصف عشر الدية خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر ألفا وليس فى البدن جنس يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان فان قلع جميع أسنان الكوسج فعليه أربعة عشر ألفا لان أسنانه ثمانية وعشرون هكذا حكى ان امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فأنت طالق فسئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال تعد أسنانه فان كانت اثنين وثلاثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج قال ومنها ما روى عن على رضى الله عنه قال فى الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة وبهذا أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وقالوا اذا حلق شعر رأس انسان حتى أفسد المنبت فعليه كمال الدية لرجل كان أو لامرأة فى ذلك سواء وقال الشافعى فى شعر الرأس حكومة عدل وكذلك فى اللحية اذا حلقت ثم لم تنبت كمال الدية عندنا

وقال الشافعي رضي الله عنه حكومة عدل لانه شعر مستمد من البدن بعد كمال الخلقة فلا يتعلق بحلقه كمال الدية كشعر الصدر والساق وهذا لانه ليس في حلق الشعر تفويت منفعة كاملة انما فيه فقط تفويت بعض الجمال فانه يلحقه نوع شين على الوجه الذى لنير الكوسج بقلة شعره ووجوب كمال الدية يعتبر بتفويت منفعة كاملة والدليل عليه ان ما يوجب في الحر كمال الدية يوجب في العبد كمال القيمة وبالاتفاق لوحلق لحية عبد انسان لا يلزمه كمال القيمة وان أفسد المنبت وانما يلزمه النقصان فكذلك في حق الحر *وحجتنا في ذلك حديث على رضي الله عنه فان مانقل عنه في هذا الباب كالمرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لان ذلك لا يستدرك بالرأى والمعنى فيه انه فوت عليه جمالا كاملا فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين وبيان ذلك ان في اللحية جمالا كاملا في أوانه وكذلك في شعر الرأس جمال كامل (ألا ترى) ان من عدم ذلك خلقة تكلف لستره واخفائه ولا شك ان في شعر الرأس جمالا كاملا وبعض المنفعة أيضا فما يحصل لها بالجمال من المنفعة أعظم وجوه المنفعة وكذلك في اللحية والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان لله تعالى ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحي والنساء بالقرون والذوائب ثم تفويت المنفعة يوجب كمال الدية كما اذا ضرب على ظهره حتى انقطع ماؤه فكذلك تفويت الجمال الكامل يوجب كمال الدية لان الغرض للعقلاء في الجمال أكثر مما هو في المنفعة بخلاف شعر الصدر والساق فليس في حلقه تفويت جمال كامل فلهذا لم يؤثر ذلك في النقصان فلا يجب شيء فأما في لحية العبد فروايتان روى الحسن عن أبي حنيفة انه يجب كمال القيمة وفي ظاهر الرواية يجب نقصان القيمة وهو نظير الروايتين في قطع الاذنين الشاخصتين من العبد ففي رواية الحسن قال القيمة في العبد كالدية في الحر فما يجب بتفويته كمال الدية في الحر يجب بتفويته كمال القيمة في العبد وفي ظاهر الرواية قال الجمال غير مقصود للمولى من عبده وانما المقصود منفعة الاستخدام وبحلق لحيته أو قطع الاذنين الشاخصتين منه لا يفوت هذا المقصود فلهذا لا يجب به كمال القيمة فأما الجمال فمقصود في الاحرار وبتفويته يجب كمال الدية وتكلموا في حلق لحية الكوسج والاصح في ذلك ما فصله أبو جعفر الهندواني رحمه الله ان كان الثابت على ذقنه شعرات معدودة فليس في حلق ذلك شيء لان وجود ذلك لا يزينه وربما يشينه وان

كان أكثر من ذلك فكان على الذقن والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان في هذا بعض الجمال ولكنه ليس بكامل فيجب بتفويته حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته معنى الجمال الكامل وهذا كله إذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لايجب فيه شئ لانه لم يبق لفعل الجاني أثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكاب ما لا يحل له وان نبتت بيضاء فقد ذكر في النوادران عند أبي حنيفة لا يلزمه شئ لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما يجب حكومة عدل لان بياض الشعر جمال في أوانه فأما في غير أوانه فيشينه فيجب حكومة العدل باعتباره وقد بينا ان في أحد العينين نصف الدية ويستوى الجواب ان انخسفت أوذهب بصرها وهي قائمة أو أبيضت حتى ذهب البصر لان المنفعة المقصودة من العين تفوت في هذا كله وقيل ذهاب البصر بمنزلة فوات العين فلا معتبر ببقائها بعد ما ذهب البصر (ألا ترى) أن من خنق انسانا حتى مات عليه كمال الدية وان كانت النفس باقية على حالها وكذلك اليد اذا شلت حتى لا ينتفع بها ففيها أرشها كاملا أما لان الشلل دليل موتها أو لان ماهو المقصود وهو منفعة البطش تحقق فواته بصفة الكمال فهو ومالو قطعت اليد سواء في ايجاب الارش قال وفي الموضحة نصف عشر الدية والكلام في معرفة الشجاج ان يقول الشجاج الحارصة وهي التي تشق الجلد ومنه يقال حرص القصار الثوب ثم الدامعة وهي التي يخرج منها قدر الدمع من الدم ثم الدامية وهي التي يخرج منها قدر الدمع من الدم ثم الباضعة وهي التي تبضع بعض اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع أكثر اللحم وروى عن محمد رحمه الله ان المتلاحمة قبل الباضعة وهو اختلاف في مأخذ الكلم لا في الحكم فمحمد رحمه الله ذهب الى أن المتلاحمة مأخوذة من قولك التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر والمتلاحمة ماتظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها وفي ظاهر الرواية المتلاحمة ماتعمل في قطع أكثر اللحم فهي بعد الباضعة ثم السمحاق وهي التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم فتلك الجلدة تسمى سمحاقا ومنه سمى الغظم الرقيق سماحيق ثم الموضحة وهي التي توضح العظم حتى يبدو ثم الهاشمة وهي التي تكسر العظم ثم المنقلة وهي التي يخرج منها العظم أو تحول العظم كالنقلة وهي كالحصى ثم الآمة وهي التي تظهر الجلد بين العظم والدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الرأس ثم الدامغة وهي التي تجرح الدماغ الا أن محمدا رحمه الله لم يذكر الدامغة لان النفس لا تبقى

بعدها عادة فيكون ذلك قتلا لا شجة ولم يذكر الحارصة والدامية لان الظاهر انه لا يبقى لهما أثر وبدون بقاء الاثر لا يجب شيء فاما بيان الاحكام فنقول أما فى الموضحة فيجب نصف عشر الدية هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فى الموضحة خمس من الابل وهكذا روى فى حديث عمرو بن حزم وفيما يرويه سعيد بن المسيب وهذا اذا كانت الموضحة خطأ فان كانت عمدا ففيها القصاص لان اعتبار المساواة فيها ممكن فان عملها فى اللحم دون العظم والجنايات فيما دون النفس توجب القصاص اذا أمكن اعتبار المساواة فيها فأما قبل الموضحة من الشجاج ففيها حكومة عدل اذا كانت خطأ وكذلك ان كانت عمدا فى رواية الحسن عن أبي حنيفة فانه لا قصاص فيما دون الموضحة لانه يتعذر اعتبار المساواة فيها من حيث المقدار فربما يبقى من أثر فعل الثانى فوق ما يبقى من أثر فعل الاول وفى ظاهر الرواية يقول فيها القصاص لان عملها فى الجلد أعظم والمساواة فيها ممكنة بان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع وايجاب حكومة العدل فى هذه الشجاج مروى عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله قالا مادون الموضحة من الشجاج بمنزلة الخدوش ففيها حكومة عدل وقد جاء فى الحديث ان عليا رضى الله عنه قضى فى السمحاق باربع من الابل وانما يحمل على ان ذلك كان مقدار حكومة عدل ثم اختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله فى معرفة حكومة العدل فقال الطحاوى السبيل فى ذلك أن يقوم لو كان مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين كم هو فان كان بقدر نصف العشر يجب نصف عشر الدية وان كان بقدر ربع العشر يجب ربع عشر الدية وكان الكرخى يقول هذا غير صحيح فربما يكون نقصان القيمة بالشجاج التى قبل الموضحة أكثر من نصف العشر فيؤدى هذا القول الى أن يوجب فى هذه الشجاج من الدية فوق ما أوجبه الشرع فى الموضحة وذلك لا يجوز ولكن الصحيح ان ينظر كم مقدار هذه الشجة من نصف عشر الدية لان وجوب نصف عشر الدية ثابت بالنص وما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه باعتبار المعنى فيه فاما فى الهاشمة عشر الدية وفى المنقلة عشر ونصف عشر الدية وفى الآمة ثلث الدية وتسمى المأمومة أيضا وذلك فيما كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم قال فى الهاشمة عشر من الابل وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة ثلث الدية والجائفة كالآمة يجب فيها ثلث الدية لان الجائفة واصلة الى أحد الجوفين وهو جوف البطن فتكون كالواصلة

الى جوف الرأس وهى الدماغ وان نفذت الجائفة فيها ثلث الدية لانها بمنزلة الجائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر فيجب فى كل واحدة منهما ثلث الدية وفى كل مفصل من الاصابع ثلث دية الاصبع اذا كان فيها ثلاثة مفاصل وان كان فيها مفصلان ففي كل مفصل نصف دية الاصبع لان المفاصل للاصبع كالاصابع لليد فكما ان دية اليد تتوزع على الاصابع علي التساوى فكذلك دية الاصبع تتوزع على المفاصل علي التساوى فالاصبع اذا كانت ذات مفصلين كالابهام فانه يجب فى كل مفصل نصف دية الاصبع واذا كانت ذات ثلاث مفاصل ففى كل مفصل ثلث دية الاصبع وذلك مروى عن علي وابن عباس قالا لا يفضل شئ منها على شئ وابن مسعود قال فى دية الخطأ اخماسا عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض والكلام هاهنا فى فصول أحدها انه لاخلاف أن الدية من الابل مائة على ماقال رسول الله عليه السلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل واختلفوا فى أن الدراهم والدنانير فى الدية أصل أم باعتبار قيمة الابل فالمذهب عندنا انهما أصل وفي قول الشافعي يدخلان على وجه قيمة الابل وتتفاوت بتفاوت قيمة الابل ويحكى عن أبى بكر الرازى انه كان يقول أولا وجوبهما على سبيل قيمة الابل ولكنهما قيمة مقدرة شرعا بالنص فلا يزاد عليها ولا ينقص عنها ثم رجع عن ذلك وقال هما أصلان فى الدية واحتج الشافعى رضي الله عنه بحديث الزهرى قال كانت الدية على عهد رسول الله عليه السلام مائة من الابل قيمة كل بعير أوقية ثم غلب الابل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفا ثم غلبت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين فمازالت تعلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وفى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الابل قيمتها أربعة آلاف درهم أو أربعمائة دينار وحجتنا في ذلك حديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام قال دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار وذكر الشعبي عن عبيدة السلماني ان عمر بن الخطاب لما دوّن الدواوين جعل الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وقضاؤه ذلك كان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الاجماع منهم والمعنى فيه ان للقاضى أن يقضى بالدية من الدراهم أو الدنانير مؤجلا فى ثلاث سنين فلو كان الاصل فى الدية الابل وهى دين والدراهم والدنانير بدل عنها كان هذا دينا بدين ونسيئة بنسيئة وذلك حرام شرعا

ووجهه ان الآدمى حيوان مضمون بالقيمة كسائر الحيوانات والاصل في القيمة الدراهم والدنانير الا أن القضاء بالابل كان بطريق التيسير عليهم لانهم كانوا أرباب الابل وكانت النقود تتعسر منهم ولانهم كانوا يستوفون الدية على أظهر الوجوه ليندفع بها بعض الشر عنهم وذلك في الابل أظهر منه فى النقود فكانت بخلاف القياس بهذا المعنى ولكن لا يسقط بها ماهو الاصل فى قيمة المتلفات ثم لاخلاف ان الدية فى الخطأ من الابل تجب اخماسا كما ذكره ابن مسعود والسن الخامس عندنا ابن مخاض وعند الشافعى ابن لبون فمذهبنا مروى عن عمر وزيد وابن مسعود رضى الله عنهم واحتج الشافعى بما روى أن النبي عليه السلام قضى فى الدية بمائة من ابل الصدقة يعنى من الاسنان التى تؤخذ فى الصدقة وابن مخاض لا مدخل له في الصدقة ولابن اللبون مدخل قال عليه السلام فى خمس وعشرين بنت مخاض فان لم يكن فابن لبون وحجتنا فى ذلك حديث حذيفة بن مالك الطائى عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال دية الخطأ أخماس عشرون جذعة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وقال عليه السلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل واسم الابل مطلقا يتناول أدنى ما يكون منه وابن المخاض أدنى من ابن اللبون ولان الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض فى الزكاة فايجاب ابن اللبون هاهنا في معنى ايجاب أربعين من بنت المخاض وذلك لا يجوز بالاجماع فأما الحديث الذي رواه فالمراد اعطاء الدية من ابل الصدقة على وجه التبرع عن عاقلة القاتل لحاجتهم لاان يكون المراد من الاسنان التى توجد في الصدقة ثم ابن المخاض يدخل فى الصدقة عندنا على الوجه الذى يدخل ابن اللبون لان ابن اللبون عندنا يستوفى باعتبار القيمة فكذلك ابن المخاض وأما فى شبه العمد فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف تجب مائة من الابل ارباعا خمسة وعشرون ابنة مخاض وخمس وعشرون بنت ابن لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة وهو قول ابن مسعود وقال الشافعى ومحمد تجب أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون مابين ثنية الى بازل وكلها خلفة والخلفة هى الحامل وهو قول عمر وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة وأبى موسى الأشعرى وقال على رضى الله عنه تجب أثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة وقال عثمان رضى الله عنه تجب اثلاثا من هذه الاسنان من كل سن ثلاثة وثلاثون واحتج محمد والشافعى لحديث النعمان بن بشير ان النبي عليه السلام قال فى خطبة عام حجة الوداع

ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل أربعون منها فى بطونها أولادها وعن عمر أنه قضى بذلك فى شبه العمد وقضاؤه كان بمحضر من الصحابة وأبو حنيفة وأبو يوسف احتجا بحديث السائب بن يزيد أن النبي عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الابل أرباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها فى الخطأ تجب أخماسا فعرفنا أن المراد به شبه العمد وقال فى النفس المؤمنة مائة من الابل والمراد به أدنى ما يكون منه وما قلناه أدنى والمعنى فيه انه انما تجب الدية عوضا عن المقتول والحامل لا يجوز أن تستحق فى شئ من المعاوضات فكذلك لا تستحق فى الدية لوجهين أحدهما أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثانى ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا فى معنى ايجاب الزيادة على المائة عددا وبالاتفاق صفة التغليظ ليست من حيث العدد بل من حيث السن ثم الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن أخذ الحوامل فى الصدقات لانها كرائم أموال الناس فكذلك فى الديات وهذا لان شبه العمد يجب على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات فأما الحديث الذى روى فلا يكاد يصح لان ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع كان بمحضر من جماعة من الصحابة ولم يرو هذا الحديث الا النعمان بن بشير وهو فى ذلك الوقت كان فى عداد الصبيان وقد خفى الحديث على كبار الصحابة حتى اختلفوا بينهم على أقاويل كما بينا ولم تجر المحاجة بينهم بالحديث فلو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولا احتج به بعضهم على بعض ومن أصل أبى حنيفة ان العام المتفق على قبوله أولى بالأخذ به من مثل هذا الخاص ولا خلاف أن صفة التغليظ فى الدية لا تثبت الا فى أسنان الابل وبه يستدل الشافعى على أن الاصل فى الدية الابل فقط ولكنا نقول ما عرفنا صفة التغليظ الا بالنص فان الدية بدل عن المتلف ولا يختلف التلف بالخطأ وشبه العمد وانما نثبت صفة التغليظ بما ورد به الشرع خاصة قال وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه جعل الدية على أهل الابل مائة وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الشاة ألفى شاة وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الحلل مائتى حلة والحلة اسم لثوبين وبه نأخذ فنقول الدية من الدراهم تتقدر بعشرة آلاف درهم مما تكون الفضة فيها غالبة على الغش وقد بينا ذلك فى كتاب السرقة وقال مالك والشافعى من الدراهم اثنا عشر ألف درهم لحديث أبى هريرة ان النبي عليه السلام قال من سبح فى كل يوم وليلة مثل ديته اثنى عشر ألف تسبيحة

فكأنما حرر رقبة من ولد اسماعيل وفى كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام جعل الدية من الدراهم اثنى عشر ألفا ولانه لا خلاف انها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة كل دينار على عهد رسول الله عليه السلام اثنى عشر درهما بيانه فى حديث السرقة فانه قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم بعد ما قال القطع فى ربع دينار وانما يكون ثلاثة دراهم ربع دينار اذا كانت قيمة كل درهم اثنى عشر درهما وحجتنا فى ذلك حديث دحيم ان رجلا قطع يد رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى عليه بنصف الدية خمسة آلاف درهم وقضى عمر رضى الله عنه فى تقدير الدية بعشرة آلاف وقد كان بمحضر من الصحابة ولم يحتج عليه أحد منهم بحديث بخلاف ذلك فلو كان فيه حديث صحيح خلاف ما قضى به عمر لما خفي عليهم ولما تركوا المحاجة به ثم المقادير لا تعرف بالرأى فما نقل عن عمر من التقدير بعشرة آلاف درهم ومساعدة الصحابة معه على ذلك بمنزلة اتفاق جماعتهم على رواية هذا المقدار عن صاحب الشرع عليه السلام ولان الدية من الدنانير ألف دينار وقد كانت قيمة كل دينار على عهد رسول الله عليه السلام عشرة دراهم بدليل النص المروى فى نصاب السرقة حيث قال لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم وقال علي رضى الله عنه حين ضجر من أصحابه ليت لى بكل عشرة من أهل العراق واحدا من أهل الشام صرف الدنانير بالدراهم ونصاب الزكاة منهما على أن قيمة كل دينار كانت عشرة دراهم ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذا بظاهر حديث عمر وقالا الدية من الاصناف الستة فان عمر رضي الله عنه جعلها من هذه الاصناف وقدر كل صنف منه بمقدار ومعلوم انه ما كان يتفق القضاء بذلك كله فى وقت واحد فعرفنا ان المراد بيان المقدار من كل صنف وأبو حنيفة قال الدية من الابل والدراهم والدنانير وقد اشتهرت الآثار بذلك عن رسول الله عليه السلام وانما أخذ عمر من البقر والغنم والحلل فى الابتداء لانها كانت أموالهم فكان الاداء منها أيسر عليهم وأخذها بطريق التيسير عليهم فظن الراوي ان ذلك كان منه على وجه بيان التقدير للدية فى هذه الاصناف فلما صارت الدواوين والاعطاآت جل أموالهم الدراهم والدنانير والابل فقضي بالدية منها ثم لا مدخل للبقر والغنم فى قيمة المتلفات أصلا فهى بمنزلة الدور والعبيد والجوارى وهكذا كان ينبغى أن لا تدخل الابل الا أن الآثار اشتهرت فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركنا القياس بذلك فى الابل خاصة وقد ذكرنا فى كتاب المعاقل ما يدل على أن قول أبى حنيفة كقولهما فانه قال لو صالح

الولي من الدية علي أكثر من ألفي شاة أو علي أكثر من مائتي بقرة أو علي أكثر من مائتي حلة لا يجوز الصلح فهذا دليل على أن هذه الاصناف فى الدية أصول مقدرة عنده كما هي عندهما قال وبلغنا عن علي أنه قال فى دية المرأة علي النصف من دية الرجل فى النفس وما دونها وبه نأخذ وقال ابن مسعود هكذا الا فى ارش الموضحة وارش السن فانها تستوى فى ذلك بالرجل وكان زيد بن ثابت يقول انها تعادل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد علي الثلث فحينئذ حالها فيه علي النصف من حال الرجل وبيانه فيما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع أصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة أصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربعة أصابع منها قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال أأعرابي أنت فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستفت فقال انه السنة فبهذا أخذ الشافعي وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ويروون حديثا أن النبي عليه السلام قال تعادل المرأة الرجل الى ثلث الدية وحجتنا فى ذلك ما ذكره ربيعة فانه لو وجب بقطع ثلاثة أصابع منها ثلاثون من الابل ما سقط بقطع الاصبع الرابع عشر من الواجب لان تأثير القطع في ايجاب الارش لا فى اسقاطه فهذا معنى بحيلة العقل ثم بالاجماع بدل نصفها على النصف من بدل نفس الرجل والاطراف تابعة للنفس وانما تكون تابعة اذا أخذنا حكمها من حكم النفس الا اذا أفردناها بحكم آخر وقول سعيد انه السنة يعني سنة زيد وقد أفتى كبار الصحابة بخلافه والحديث الذي رووه نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وأما ابن مسعود فكان يقول فى التسوية بينهما فى ارش السن والموضحة استدلالا بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الجنين فانه قضى بغرة عبد أو أمة قيمتها خمسمائة ويسوى بين الذكر والانثى فى ذلك وبدل الجنين نصف عشر الدية فلهذا سوى بينهما فى مقدار نصف عشر الدية وذلك ارش السن والموضحة ولكنا نقول فى الجنين انما قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يتعذر الوقوف على صفة الذكورة والانوثة فى الجنين خصوصا اذا لم يتم خلقه ولان الوجوب هناك باعتبار قطع السر فقط والذكر والانثى فى ذلك سواء وههنا الوجوب باعتبار صفة المالكية وحال

الانثى فيه على النصف من حال الذكر فالذكر أهل لمالكية النكاح والمال جميعاوالانثى أهل لمالكية المال دون النكاح على ما نبينه وفى هذا أرش الموضحة وما زاد على ذلك سواء قال وفى ذكر الخصى ولسان الاخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوروالسن السوداء وذكر العنين حكم عدل بلغنا ذلك عن ابراهيم وهذا لان ايجاب كمال الارش فى هذه الاعضاء باعتبار تفويت المنفعة الكاملة وذلك لا يوجد لان منافع هذه الاعضاء كانت فائتة قبل جنايته (ألا ترى) ان من ضرب على يد انسان حتى شلت أو على عينه حتى ذهب بصره يجب عليه الارش فلولا تفويت المنفعة للمحل بها لما لزمه كمال الارش فلو أوجبنا بالقطع بعد ذلك ارش كاملا مرة أخرى أدى الى ايجاب ارشين كاملين عن عضو واحدوقال مالك رضى الله عنه يجب فى هذه المواضع الارش كاملا ونقول فى قطعها تفويت الجمال الكامل والجمال مطلوب من الآدمى كالمنفعة بل الجمال يرغب فيه العقلاء فوق رغبتهم في المنفعة ولكنا نقول فى الاعضاء التى يكون فيها المقصود المنفعة والجمال تبع فباعتباره لا تتكامل الجناية فى الارش ثم فى العين القائمة العوراء جمال عند من لا يعرف حقيقة الحال فأما عند من يعرف ذلك فلا فعرفنا أن معنى الحال فى هذه الاعضاء غير كاملة بعد فوات المنفعة فلوجود بعض الجمال فيها أوجبنا حكم عدل فلانعدام الكمال فيها لا يوجب كمال الارش وفى الضلع حكم عدل وفى الساعد اذا كسر أو كسر أحد الزندين حكم عدل وفى الساق اذا انكسرت حكم عدل وفى الترقوة حكم عدل على قدر الجراحة والحاصل انه لاقصاص فى شئ من العظام اذا كسرت الا فى السن خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم لاقصاص فى العظم لان القصاص ينبنى على المساواة ولا تتحقق المساواة فى كسر العظم لانه لا يتيكر من الموضع الذى يراد كسره وبدون اعتبار المماثلة لا يجب القصاص فاذا تعذر ايجاب القصاص وليس فيها ارش مقدر كان الواجب فيها حكم عدل فأما فى السن فيجب القصاص وهو مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى فى القصاص فى السن وبين الاطباء كلام في السن انه عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر كون السن عظما لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا حاجة الى الفرق بينه وبين سائر العظام متى ثبت انه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم وفى سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة لا يجب القصاص وذلك لا يوجد هاهنا لانه يمكن أن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذلك ان كان قلع السن فانه لا يقلع منه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد

به لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن فأما اذا كان خطأ فالواجب فيه الارش كما بينا وهو المعنى فى الفرق بينه وبين سائر العظام لانه ليس لسائر العظام ارش مقدر وانما يجب القصاص فيما يكون له ارش مقدر شرعا ولهذا قلنا فى أصح الروايتين على ما ذكره الحسن عن أبى حنيفة رضي الله عنهما انه لا قصاص فيما دون الموضحة لانه ليس فيه ارش مقدر شرعا ثم ان ضرب على سنه حتى اسودت أو احمرت أو اخضرت فعليه ارش السن كاملا لان الجمال والمنفعة يفوت بذلك وقال السواد فى السن دليل موتها فاذا اصفرت فقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أن فيها حكم عدل وذكر هشام فى نوادره عن محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله ان فيها حكم عدل وفى الحر لاشئ وفى المملوك حكم عدل وعن محمد رحمه الله فيها حكم عدل وهو قول أبى يوسف لان الجمال على الكمال فى بياض السن فبالصفرة ينقص معنى الجمال فيها ولهذا يجب فى المملوك حكم عدل فكذلك فى الحر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الصفرة من ألوان السن فلا يكون دليل موت السن والمطلوب بالسن فى الاحرار المنفعة وهى قائمة بعد ما اصفرت فأما حق المولى فى المملوك فالمالية وقد تنتقص باصفرار السن وعلى هذا لو قلع سن فنبتت صفراء أو نبتت كما كانت فلاشئ عليه فى ظاهر الرواية لان وجوب الارش باعتبار فساد المنبت وحين نبتت كما كانت عرفنا انه ما فسد المنبت ثم وجوب الارش باعتبار بقاء الاثر ولم يبق أثر حين نبتت كما كانت وقد روى عن محمد فى الجراحات التى تندمل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الالم وعن أبى يوسف رحمه الله يرجع على الجانى بقدر ما احتاج اليه من ثمن الدواء وأجرة الاطباء حتى اندملت وأبو حنيفة رحمه الله قال لا يجب شئ لانه لا قيمة لمجرد الالم (ألا ترى) أن من ضرب ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه شئ لا يجب شئ أرأيت لو شتمه شتيمة أكان عليه أرش باعتبار ايلام حل فيه قال وفى اليد اذا قطعت من نصف الساعد دية اليد وحكم عدل فيما بين الكف الى الساعد وان كان من المرفق كان فى الذراع بعد دية اليد حكم عدل أكثر من ذلك وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجب فيه الا ارش اليد اذا قطعها من نصف الساعد وكذلك روى ابن سماعة عن أبى يوسف فيما اذا قطعها من المنكب انه لا يجب الا ارش اليد واحتج فى ذلك بقوله عليه السلام وفى اليدين الدية وفى أحدهما نصف الدية واليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط وقد روينا فى حديث عمران بن حارثة أن النبي عليه السلام قضي

على قاطع اليد بنصف الدية خمسة آلاف من غير تفصيل وقد روى في بعض الروايات انه قطعها من نصف الساعد ولان الساعد ليس له ارش مقدر فيكون تبعا لماله ارش مقدر كالكف فان بالاجماع يجب نصف الدية بقطع الاصابع ثم لو قطع الكف مع الاصابع لا يلزمه الا نصف الدية وتجعل الكف تبعا للاصابع لهذا المعنى فكذلك اذا قطع من نصف الساعد أو المرفق أو المنكب لانه ليس من هذه الاعضاء بدل مقدر سوى الاصابع (ألا ترى) انه لو قطع المارن أو الحشفة يلزمه الدية ولو قطع جميع الانف أو جميع الذكر لا يجب عليه أكثر من دية واحدة وأبو حنيفة ومحمد قالا مازاد على الكف من الساعد اما أن يجعل تبعا للاصابع أو الكف ولم يمكن جعله تبعا للاصل لان الكف حائل بينه وبين الاصابع والتابع مايكون متصلا بالاصل ولا يمكن جعله تبعا للكف لان الكف فى نفسه تبع للاصابع ولا تبع للتبع فاذا تعذر جعله تبعا ولا يجوز اهداره عرفنا أنه أصل بنفسه وليس فيه ارش مقدر فيجب حكم عدل كما لو قطع يده من المفصل أولا فبرأت ثم عاد فقطع الساعد ولا حجة فى الحديثين لان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند بدليل آية السرقة والذى روي أن القطع كان من نصف الساعد شاذ لايعتمد على مثله فى الاحكام فاذا كسر الانف ففيه حكم عدل لما ان كسر الانف جناية ليس فيها ارش مقدر فيجب فيها حكم عدل ككسر الساعد والساق فان قطع اليد وفيها ثلاثة أصابع فعليه ثلاثة اخماس دية اليد ويدخل ارش الكف فى ارش الاصابع ها هنا بالاتفاق لان أكثر الاصابع لما كانت قائمة جعل كقيام جميعها فيكون الكف تابعا لها واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع فاما اذا كان على الكف أصبعان أو أصبع فقطع الكف فعند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه ارش ما كان قائما من الاصابع ويدخل ارش الكف فى ذلك وعند أبي يوسف ومحمد ينظر الى ارش مابقي من الاصابع والى ارش الكف وهو حكومة عدل فايهما كان أكثر يدخل الاقل فيه لان أكثر الاصابع هاهنا فائتة فيجعل ذلك كفوات الكل ولو قطع الكف وليس عليها شئ من الاصابع كان عليه حكم عدل فهذا مثله وهذا لان ببقاء أكثر الاصابع تبقي منفعة البطش وان كان يتمكن فيها نقصان فيعتبر تفويت ذلك فى ايجاب الارش وأما ببقاء أصبع واحد فلايبقى منفعة البطش ولا يمكن اعتبار ذلك فى ايجاب الارش فيجب حكم عدل الا انه لابد من اعتبار أرش الاصبع المقطوعة بالنص ومن اعتبار حكومة العدل فى الكف لما قلنا ولا

وجه الى الجمع بينهما بالاتلاف فاعتبرنا الاكثر منهما فجعلنا الاقل تابعا للاكثر وهو أصل فى الشرع فى باب الارش وأبو حنيفة يقول ارش الاصبع مقدر شرعا وليس للكف ارش مقدر شرعا وما ليس بمقدر شرعا يجعل تبعا لما هو مقدر شرعا ولهذا جعل الكف تبعا لجميع الاصابع وهذا لمعنيين أحدهما ان المقدر شرعا ثابت بالنص وما ليس فيه تقدير فهو ثابت بالرأى والرأى لا يعارض النص والمصير الى الترجيح بالكثرة عند المساواة فى القوة والثانى ان المصير الى الرأى والتقويم لاجل الضرورة وهذه الضرورة لا تتحقق عند امكان ايجاب الارش المقدر بالنص وسوى هذا عن أبى يوسف روايتان احداهما انه كان يقول أولا عليه ارش الاصبع وحكومة العدل فى الكف يجمع بينهما لان جعل الكف تبعا للاصابع باعتبار ان معنى البطش يكون بهما وذلك لا يوجد فى الاصبع الواحد ولا يمكن جعل الاصبع تبعا للكف لان للاصبع ارشا مقدرا شرعا فلا يجوز النقصان عن ذلك بالرأى فاذا لم يمكن اتباع أحدهما الآخر كان كل واحد منهما أصلا فيجب ارشهما وعنه فى رواية أخرى انه يلزمه ارش الاصبع القائمة وموضعها من الكف يكون تبعا له ويلزمه حكومة عدل فيما وراء ذلك من الكف لان الاصابع لو كانت قائمة كان موضع كل أصبع من الكف تبعا لذلك الاصبع فعند قيام البعض يعتبر البعض بالكل ثم فى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة وان لم يبق الا مفصل من أصبع فانه يجب ارش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعا له لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقى شئ من الاصل فلا حكم للتبع كما اذا بقى واحد من أصحاب الخطة من المحلة لا يعتبر السكان وروى الحسن عن أبى حنيفة قال اذا كان الباقى دون أصبع فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل الاقل فى الاكثر لان ارش الاصبع منصوص عليه فأما ارش كل مفصل فغير منصوص عليه وانما اعتبرنا ذلك بالمنصوص عليه بنوع رأى وكونه أصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص فى ارش مفصل واحد اعتبرنا فيه الاقل والاكثر لما بينا ولكن الاول أصح قال وفى ثدى الرجل حكم عدل ويسمى الثندوة أيضا لانه ليس فيه منفعة مقصودة ولا جمال كامل فانه مستور بالثياب عادة لكن فيه بعض الجمال وفيما يبقى من أثره بعد القطع بعض الشين فيجب بحكم عدل باعتباره وفى الاذن اذا يبست أو انخسفت وربما تقول انخنست حكم عدل لان المنفعة المقصودة لا تفوت به وهو ايصال الصوت الى الصماخ وكذلك لا يفوت به الجمال كله بل يتمكن فيه النقصان لاجله يجب حكم عدل قال وبلغنا عن ابراهيم انه لا تعقل العاقلة

الا خمسمائةدرهم فصاعدا وبه نأخذ وكل شيء من الخطأ يبلغ نصف عشر دية الرجل خمسمائة أو نصف عشر دية المرأة مائتين وخمسين فهذا على العاقلة فى شبه العمد وما دون ذلك فى مال الجانى حالا لحديث ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا الي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة ولان مادون أرش الموضحة فى معنى ضمان المال فانه لايجب الا باعتبار التقويم وهو غير مقدر شرعا وضمان الجناية انما يفارق ضمان المتلفات فى كونه مقدرا شرعا وأدنى ذلك ارش الموضحة فما دون ذلك بمنزلة ضمان المتلفات فيكون عليه حالا فى ماله وأرش الموضحة فما زاد عليه الى ثلث الدية يكون على العاقلة مؤجلا فى سنة واحدة فان زاد على ذلك أخذ الفضل فى سنة أخرى الى تمام الثلثين فان زاد علي الثلثين أخذ ذلك الفضل فى السنة الثالثة الى تمام الدية بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أول من فرض العطاء وجعل الدية فى ثلاث سنين الثلث فى سنة والنصف فى سنتين والثلثين فى سنتين وقد ثبت باتفاق العلماء التأجيل فى جميع الدية الى ثلاث سنين وانه يستوفى كل ثلث فى سنة ولما ثبت التأجيل فى ثلث الدية سنة واحدة ثبت فى أبعاض ذلك الثلث ممايكون فى معناه اعتبارا للبعض بالكل وكذلك الثلث الثانى لما ثبت التأجيل فى جميعه السنة الثانية فكذلك فى ابعاضه قال ودية أهل الذمة من أهل الكتاب وغيرهم مثل دية المسلمين رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم وكذلك جراحاتهم وجناياتهم بينهم وما دون النفس فى ذلك سواء فان كانت لهم معاقل يتعاقلون على عواقلهم وان لم يكن لهم معاقل ففى مال الجانى وهذا لأنهم بعقد الذمة التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الي المعاملات فيثبت فيما بينهم من الحكم ماهو ثابت بين المسلمين وديتهم مثل دية أحرار المسلمين عندنا وقال مالك دية الكتابى على النصف من دية المسلم وهو أحد قولى الشافعى وقال فى قول آخر دية الكتابى على الثلث من دية المسلم ودية المجوسى ثمانمائة درهم استدلالا بالآيات الدالة علي نفى المساواة بين المسلمين والكفار لقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ولقوله أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وقال عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم فدل ان دماء غيرهم لا تكافئ دماءهم وفي حديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام قضى فى دية الكتابى بثلث دية المسلم وفى رواية بنصف دية المسلم وعن عمر انه قضي فى دية المجوسي بثمانمائة درهم ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة واذا كانت الدية تنقص بصفة الانوثة فبالكفر أولى وانما

انتقصت بصفة الانوثة لنقصان دين النساء كما وصفهن به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله انهن ناقصات عقل ودين وتأثير عدم الدين فوق تأثير نقصان الدين يدل عليه ان بدل النفس ينتقص بالرق والرق أثر من آثار الكفر وأثر الشيء دون أصله فلان ينتقص بأصل الكفر كان أولى ويتفاحش النقصان اذا انضم الى كفره عدم الكتاب نسبة فتتناهى النقصان نسبة حتى لا يوجب الا ما قضى به عمر رضى الله عنه وهو ثمانمائة درهم * وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والمراد منه ماهو المراد من قوله فى قتل المؤمن ودية مسلمة الى أهله وفى حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ودى العامريين اللذين قتلهما عمرو بن أمية الضمرى وكانا مستأمنين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية حرين مسلمين وقال عليه السلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وعن أبي بكر وعمر رضى الله عنهما انهما قالا دية الذمى مثل دية الحر المسلم وقال على رضي الله عنه انما أعطيناهم الذمة وبذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وما نقلوا فيه من الآثار بخلاف هذا لا يكاد يصح فقد روى عن معمر رضى الله عنه قال سألت الزهرى عن دية الذمى فقال مثل دية المسلم فقلت ان سعيدا يروى بخلاف ذلك قال ارجع الى قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله فهذا بيان أن الرواية الشاذة لا تقبل فيما يدل علي نسخ الكتاب ثم تأويله انه قضى بثلث الدية فى سنة واحدة فظن الراوى أن ذلك جميع ما قضي به وعند تعارض الاخبار يترجح المثبت للزيادة وقوله المسلمون تتكافأ دماؤهم لا يدل على أن دماء غيرهم لا تكافئهم فتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ماعداه والمراد بالآثار نفي المساواة بينهما فى أحكام الآخرة دون أحكام الدنيا فانا نرى المساواة بيننا وبينهم فى بعض أحكام الدنيا ولا يجوز أن يقع الخلف فى خبر الله تعالى والكلام من حيث المعنى فى المسألة من وجهين أحدهما ان أهل الذمة يستوون بالمسلمين فى صفة المالكية فيستوون بهم فى الدية كالفساق مع العدول وهذا لان نقصان الدية باعتبار نقصان المالكية ولهذا تنصفت بالانوثة لتنصف المالكية فان المرأة أهل ملك المال دون ملك النكاح وانتقص عن ذلك بصفة الاجتنان فى البطن لانه ليس بأهل للمالكية فى الحال وان كان فيه عرضية أن يصير أهلا فى الثانى وانتقص بنقصان الرق بخروجه من أن يكون أهلا لمالكية المال ومالكية النكاح بنفسه وهذا لان وجوب الدية لاظهار خطر المحل وصيانته عن الهدر وهذا الخطر

باعتبار صفة المالكية وبصفة المملوكية يصير متبدلا اذا ثبت هذا فنقول لا تأثير للكفر وعدم الكتاب فى نقصان المالكية فتستوى دية الكافر بدية المسلم والثانى ان وجوب الدية باعتبار معنى الاحراز والاحراز يكون بالدار لا بالدين والاحراز بالدين من حيث اعتقاد الحرمة وانما ظهر ذلك فى حق من نعتقده دون مالا نعتقد فاما الاحراز بقوة أهل الدار فيظهر فى حق أهل الكتاب وأهل الذمة ساووا المسلمين فى الاحراز بالدار ولهذا يستوى بينهم وبين المسلمين فى قيمة الاموال فكذلك فى قيمة النفوس ولا يدخل عليه الاناث فانهم فى الاحراز يساوين الذكور ولكن تنصف الدية فى حقهن باعتبار نقصان المالكية ولانهن تباع فى معنى الاحراز لان النصرة لا تقوم بهن وقصدنا بالتسوية بين أهل الذمة والمسلمين وقد سوينا فى حق الرجال والنساء جميعا وجنايات الصبي والمعتوه والمجنون عمدها وخطؤها كلها على العاقلة اذا بلغت خمسمائة فان كانت أقل من خمسمائة ففى أموالهم لان مادون الخمسمائة فى معنى ضمان المال والاتلاف الموجب للمال يتحقق من هؤلاء كما يتحقق من العقلاء البالغين فأما الخمسمائة فصاعدا فهى على عاقلتهم العمد والخطأ فى ذلك سواء بلغنا ان مجنونا سعى على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى على رضى الله عنه فجعله على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء وهو على أحد قولى الشافعى وفى قوله الثانى قال عمده عمد حتى تجب الدية عليه فى ماله لان العمد لغة القصد لانه ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد الا انه ينبنى على هذا القصد حكمان أحدهما القود والآخر الدية فى ماله حالا والصبي ليس من أهل أحد الحكمين وهو العقوبة لان ذلك ينبنى على الخطاب وهو غير مخاطب وهو من أهل الحكم الآخر وهو وجوب الضمان فى ماله كما فى غرامات الاموال فيلزمه ذلك بمنزلة فعل السرقة يتعلق به حكمان أحدهما عقوبة وهى القطع والصبي ليس بأهل له والآخر غرامة وهو الضمان والصبي أهل لذلك فيسوى بالبالغ * وحجتنا فى ذلك ان العمد فى باب القتل مايكون محظورا محضا ولهذا علق الشرع به ما هو عقوبة محضة لقوله عليه السلام العمد قود وفعل الصبي لا يوصف بذلك لانه ينبنى على الخطاب فلا يتحقق منه العمد شرعا فى باب القتل والثانى ان العمد عبارة عن قصد معتبر فى الاحكام شرعا فأصل القصد يتحقق من البهيمة ولا يوصف فعلها بالعمدية وقصد الصبي كذلك لانه غير صالح لبناء أحكام الشرع عليه فاعتبار قصده شرعا فيما ينفعه لا فيما يضره ولهذا كان عمده بمنزلة الخطأ دون خطأ البالغ لان البالغ انعدم منه القصد مع

قيام الاهلية للقصد المتبر شرعا وفي حق الصبي والمجنون انعدمت الاهلية لذلك ثم خطأ البالغ انما كان على عاقلته لمعنى النظر والتخفيف على القاتل بعذر الخطأ والصبي فى ذلك أقوى من صفة الخطأ ولكون فعل الصبي دون خطأ البالغ فى الحكم قلنا لا يلزمه الكفارة بالقتل ولا يحرم الميراث على ما يأتيك بيانه واذا ضرب الرجل بطن المرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو أمة يعدل ذلك بخمسمائة والغرة عند بعض أهل اللغة المملوك الابيض ومنه غرة الفرس وهو البياض الذى على جبينه ومنه قوله عليه السلام أمتي غر محجلون يوم القيامة وعند بعضهم الغرة الجيد يقال هو غرة القبيلة أى كبير أهلها ثم القياس فى الجنين أحد شيئين إما ان لا يجب فيه شئ لانه لم نعرف حياته وفعل القتل لا يتحقق الا فى محل هو حي والضمان بالشك لا يجب ولا يقال الظاهر انه حى أو معد للحياة لان الظاهر حجة لدفع الاستحقاق دون الاستحقاق به وبهذا لا يجب فى جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن فيها نقصان وان لم يتمكن لا يجب شئ والقياس ان يجب كمال الدية لان الضارب منع حدوث منفعة الحياة فيه فيكون كالمزهق للحياة فيما يلزمه من البدل كولد المغرور فانه حر بالقيمة لهذا المعنى وهو انه منع حدوث الرق فيه ثم الماء فى الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحي فى ايجاب الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد فى حق المحرم كالصيد فى ايجاب الجزاء عليه بكسره ولكنا تركنا القياس بالسنة وهو حديث حمل بن مالك كما روينا وروى ان عمر رضى الله عنه خوصم اليه فى املاص المرأة فقال أنشدكم بالله هل سمع أحد منكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك شيأ فقام المغيرة بن شعبة وروى حديث الضرتين فقال عمر من يشهد معك فشهد معه محمد بن سلمة بمثل ذلك فقال عمر رضى الله عنه لقد كدنا أن نقضي برأينا فيما فيه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قضى بالغرة وعن عبد الرحمن بن فليح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم والأثر دليل لنا على ان الدية تتقدر بعشرة آلاف [illegible] الجنين [illegible] فقد قدر ذلك بخمسمائة فعرفنا أن جميع الدية عشرة آلاف [illegible] الحيوان لا يثبت [illegible] صحيحا بل باعتبار صفة المالية [illegible] الجنين عبدا أو أمة [illegible] وهو خمسمائة وفيه دليل ان الواجب [illegible] النفوس وان ما يجب فى بدل الجنين بمنزلة الواجب فى [illegible] على العاقلة

ولهذا قال عامة العلماء ان بدل الجنين يكون موروثا عنه لورثته الا ان الضارب ان كان أباه لم يرث شيأ لانه قاتل وقال الليث بن سعد يكون لامه لانه في حكم جزء من أجزائها والدليل عليه أنه يكون مؤجلا في سنة وبدل الطرف هو الذي يتأجل في سنة وأما بدل النفس فيكون في ثلاث سنين قل أو كثر كما لو اشترك عشرون رجلا في قتل رجل يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام دوه أي أدوا ديته فقد جعله في حكم النفوس وسمي الواجب في بدله دية وهو اسم لبدل النفس والدليل عليه أن بدل الجزء لا يجب بدون بقاء النقصان حتى لو قلع سنا فنبتت مكانه سن اخرى لم يجب شيء وهاهنا يجب بدل الجنين وان لم يكن في الام نقصان دل ان وجوبه باعتبار معنى النفسية وبدل النفس يكون موروثا عن صاحبها وهي في الحقيقة نفس مودعة في الام حتى تنفصل عنها حية فالجناية عليها قبل الانفصال معتبرة بالجناية عليها بعد الانفصال الا انه من وجه نسبة الجزء فلا يثبت من التأجيل فيه الا القدر المتيقن به وعلى هذا الاصل قلنا لا تجب الكفارة على الضارب الا أن يتبرع بها احتياطا هكذا نقل عن محمد رحمه الله وعند الشافعي تجب الكفارة لانه في حكم النفوس واتلاف النفس موجب الكفارة ولكنا نقول هو جزء من وجه واعتبار صفة الجزئية يمنع وجوب الكفارة ومع الشك لا تجب الكفارة ولكن اعتبار معنى الجزئية لا يمنع وجوب الضمان فأوجبنا الضمان وألحقناه في ذلك بالنفوس ثم وجوب الكفارة بطريق السكر حيث سلم الشرع نفسه له فلم يلزمه القود بعذر الخطأ كما بينا وذلك لا يوجد هاهنا فاتلاف الجنين لا يوجب القصاص بحال فلهذا لا يلزمه الكفارة ومذهب الشافعي لا يستقر على شيء في الجنين لانه يجعله في حكم الكفارة كالنفوس ثم يقول البدل الواجب فيه معتبر بامه لا بنفسه حتى يكون الواجب عشر بدل الام وعندنا هو معتبر بنفسه وانما تبين ذلك في جنين الامة فالواجب عندنا نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كانت انثى وعند الشافعي الواجب عشر قيمة الام ذكرا كان أو أنثى قال لانه انما يجب البدل باعتبار معنى الجزئية دون النفسية (ألا ترى) انه يتنصف بالانوثة وهذا لان اعتبار النفسية في الجنين ليس بنى على سبب معلوم حقيقة فلا يجب المصير اليه عند الضرورة وذلك في حكم الكفارة لانها لا تجب باعتبار معنى الجزئية فأما في حكم البدل لا ضرورة فايجابه ممكن باعتبار الجزئية وهي معلومة حقيقة فكان الواجب عشر دية الام اذا ثبت هذا في جنين الحرة فكذلك في جنين

الامة لان القيمة فى حق المماليك كالدية فى حق الاحرار وفيما ذهبتم اليه تفضل الانثى على الذكر فى ضمان الجنايات ولكنا نقول الجنين فى حكم البدل بمنزلة النفوس حتى يكون بدله موروثا عنه وذلك يختص ببدل النفس وبدل النفس يعتبر بحال صاحب النفس والدليل عليه ان جنين أم الولد من المولى يجب فيه الغرة ولو كان الوجوب باعتبار صفة الام لم يجب لانها مملوكة وكذلك النصرانية اذا كانت فى بطنها جنين من زوج مسلم فيضرب انسان بطنها يلزمه الغرة ولو كان المعتبر حالها لم يجب على أصله لان دية النصرانية عنده على الثلث من دية المسلم وكذلك لو كانت مجوسية وما فى بطنها مسلم باسلام أبيه فثبت ان المعتبر حاله بنفسه الا انه يسوى بين الذكور والاناث لانه يتعذر فى الجنين التمييز بين الذكر والانثى خصوصا قبل أن يتم خلقه فان وجوب البدل لا يختص بما بعد تمام الخلقة وكما لا يجوز تفضل الانثى على الذكر فى ضمان الجنايات لا تجوز التسوية باعتبار الاصل ثم جازت التسوية هاهنا بالاتفاق فكذلك التفضيل وهذا لان الوجوب قطع التسوية لا باعتبار صفة المالكية لانه لا مالكية فى الجنين والانثى فى معنى النشو يسوى بالذكر وربما يكون الانثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر ثم وجوب البدل فى جنين الامة قول أبى حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبى يوسف وعنه فى رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب فيها شئ كما فى جنين البهيمة ولكنا نقول وجوب بدل الجنين لآدمية لتحقيق معنى الصيانة عن الهدر وجنين الامة فى ذلك كجنين الحرة وهذه المسئلة فى الحقيقة تنبنى على اختلافهم فى ضمان الجناية على المماليك فعند أبى يوسف هو بمنزلة ضمان الاموال يجب بالغا ما بلغ وعند أبى حنيفة ومحمد هو بدل عن النفس ولهذا لا يزاد على مقدار الدية بحال على ما نأتى بيانه وان خرج الجنين حيا بعد الضربة ثم مات ففيه الدية كاملة لانه لما انفصل حيا كان نفسا من كل وجه وقتل النفس المؤمنة يوجب الدية والكفارة قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولو قتلت الام ثم خرج الجنين بعد ذلك منها ميتا ففى الام الدية ولا شئ فى الجنين عندنا وفى قول الشافعى تجب الغرة فى الجنين لان فى اتلاف الجنين لا فرق بين أن ينفصل منها وهى حية أو وهى ميتة وقد تبين ان الضارب أتلف به نفسين فيلزمه بدل كل واحد منهما ولكنا انما أوجبنا البدل فى الجنين بالنص بخلاف القياس وورود النص فيما اذا انفصل منها وهى حية لانه

قال فألقت جنينا ميتا وانما أضاف الالقاء اليها اذا كانت حية فبقي مااذا انفصل بعد موتها على أصل القياس ثم يتمكن الاشتباه فى هلاكه اذا انفصل بعد موتها فربما كان ذلك بالضربة وربما كان بانحباس نفسه بهلاكها ومع اشتباه السبب لا يجب الضمان بخلاف ما اذا كانت حية حين انفصل الجنين ميتا عنها ثم هذا على أصل أبي حنيفة ظاهر لانه لا يجعل ذكاة الام ذكاة الجنين فكذلك لايجعل قتل الام قتلا للجنين والشافعى جعل ذكاة الام ذكاة الجنين فكذلك يجعل قتل الام قتلا للجنين وأبو يوسف ومحمد قالا القياس ماقاله أبو حنيفة ولكنا تركنا ذلك فى حكم الذكاة بالسنة ولان الذكاة تنبني على الوسع فبقي القياس معتبرا فى حكم القتل فلا يكون قتل الام قتلا للجنين وان كان فى بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موتها وخرج الآخر بعدموتها وهما ميتان ففي الذي خرج قبل موتها خمسمائة درهم وليس فى الذى خرج بعد موتها شئ اعتبارا لكل واحد منهما بما لو كان وحده وهذا لانه لاسبب لموت الذي خرج قبل موتها سوى الضربة واشتبه السبب فى الذى خرج بعد موتها ومع اشتباه السبب لايجب الضمان ثم الذى خرج قبل موتهاميتا لا يرث من دية أمه لان شرط التوريث بقاء الوارث حيا بعد موت المورث ولها ميراثها منه لانها كانت حية بعد ماوجب بدل هذا الجنين بانفصاله ميتا فلها ميراثها منه وان كان الذى خرج بعد موتها خرج حيا ثم مات ففيه الدية أيضا لان الاشتباه زال حين انفصل حيا وقد مات بالضربة بعد ماصار نفسا من كل وجه فتجب فيه الدية كاملة وله ميراثه من دية أمه ومما ورثت أمه من أخيه وان لم يكن لاخيه أب حى فله ميراثه من أخيه أيضا لانه كان حيا بعد موتهما فيكون له الميراث منهما ولا قصاص على الابوين والاجداد والجدات من قبل الآباء والامهات عندنا وقال مالك ان رمى الاب ولده بسيف أو سكين فقتله فلا قصاص عليه وان أخذه فذبحه فعليه القصاص لان وجوب القصاص باعتبار تغليظ الجناية ولهذا اختص بالعمد وجناية الاب أغلظ من جناية الاجنبي لانه انضم الى تعمده القتل بغير حق وارتكابه ماهو محظور مع قطيعة الرحم فاذا وجب القصاص على الاجنبي باعتبار تغليظ جنايته فعلى الاب أولى وهو نظير من زنا بابنته فانه يلزمه من الحد مايلزمه اذا زنا بالاجنبية لتغليظ جنايته هاهنا بكونها محرمة عليه على التأبيد الا أن مع شبهة الخطأ لا يجب القود وعند الرمى يتمكن شبهة الخطأ فالظاهر انه قصد تأديبه لاقتله لان شفقة الابوة تمنعه من ذلك بخلاف الاجنبي فليس هناك بينهما مايدل على الشفقة

فجعلنا الرمي من الاجنبي عمدا محضا فاما اذا أخذه فذبحه فليس هاهنا شبهة الخطأ بوجه
والدليل عليه ان القصاص يجب على الابن بقتل أبيه فكذلك على الاب بقتل ابنه لان في
القصاص معنى المساواة ومن ضرورة كون أحدهما مساويا للآخر أن يكون الآخر مساويا له
وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وقضى عمر بن الخطاب
رضي الله في من قتل ابنه عمدا بالدية في ماله ومنهم من استدل بقوله عليه السلام أنت ومالك
لابيك فظاهر هذه الاضافة يوجب كون الولد مملوكا لابيه ثم حقيقة الملك تمنع وجوب
القصاص كالمولى اذا قتل عبده فكذلك شبهة الملك باعتبار الظاهر وكان ينبغي باعتبار هذا
الظاهر ان لا يلزمه الحد اذا زنا بها ولكن تركنا القياس في حكم الحد لان الحد محض حق
الله تعالى وهو جزاء على ارتكاب ما هو حرام محض وباضافة الولد الى الوالد تزداد معنى
الحرمة فلا يسقط الحد به ولهذا سقط الحد عنه اذا وطئ جارية الابن لان اضافة الجارية
اليه بالملكية وحقيقة الملك فيها توجب الحل بظاهر الاضافة ويوجب شبهة أيضا فاما حقيقة
الملك في محل الحرمة لا يورث الحل فالاضافة لا تورث الشبهة * يوضحه ان الملك كما يبيح
الوطء يبيح الاقدام على القتل فان ولي الدم لما ملك نفس من عليه في حكم القصاص كان له
أن يستوفي فالاضافة اليه بالملكية توجب شبهة في الفصلين فأما الملك في محل الحرمة فلا
يوجب حل الوطء فلا يصير شبهة في اسقاط الحد والمعنى في المسألة ان القصاص يجب
للمقتول أو لوليه على سبيل الخلافة عنه والابن ليس من أهل أن يستوجب ذلك على أبيه
وبدون الاهلية لا يثبت الحكم وبيان ذلك انه ليس للابن أن يقتل أباه شرعا بحال ابتداء سواء
كان مشركا أو مرتدا أو زانيا وهو محصن لان الاب كان سبب ايجاد الولد فلا يجوز للولد أن
يكتسب سبب افنائه وفي وجوب القود عليه اتلاف حكما والمقصود منه الاستيفاء دون
الوجوب بعينه وهذا لانه مأمور شرعا بالاحسان اليهما قال الله تعالى ووصينا الانسان
بوالديه حسنا وعليه أن يصاحبهما بالمعروف وان كانا مشركين لقوله تعالى وان جاهداك
على أن تشرك بي وليس القتل من الاحسان والمصاحبة بالمعروف في شئ فكل ذلك ثبت
للوالد عليه شرعا ليعرف العاقل بحق الوالد عظيم حق الله تعالى فان الوالدين كانا سببين
لوجوده وتربيته والله تعالى هو الخالق الرازق على الحقيقة فيعرف العاقل بهذا ان مراعاة
حق الله أوجب عليه واذا ثبت انه لا يجب القصاص على الوالد بقتل الولد ثبت انه لا يجب

على الوالدة لان حقها أوجب فكذلك الاجداد والجدات من قبل الرجال والنساء لمعنى الولادة والحرية بينهم وبين المقتول فان كان بواسطة فالقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فعملت الشبهة فيه عمل الحقيقة بخلاف الولد اذا قتل والده فالوالد ما كان سببا لايجاد والده والولد يقابل ما عليه من مراعاة حرمة الوالد بضده فعليه القصاص وهو بمنزلة العبد اذا قتل مولاه يلزمه القصاص والمولى اذا قتل عبده لا يلزمه القصاص وان منع مالك هذا بغير الكلام فيه فنقول لو وجب القصاص انما يجب له كما لو قتله غيره ولا يجوز أن يجب له على نفسه (ألا ترى) انه لو قتل عبده خطأ لم يجب عليه ضمان لانه لو قتله غيره كان الضمان للمولى فاذا قتله المولى لايجوز أن يجب له على نفسه ثم على الآباء والاجداد الدية بقتل الابن عمدا فى أموالهم فى ثلاث سنين وقال الشافعى تجب الدية حالة وانما لايعقله العاقلة لقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا يعنى الواجب بالعمد ثم قال الشافعى الاصل ان ضمان المتلف يكون على المتلف فى ماله حالا كسائر المتلفات الا أن التأجيل فى الدية عند الخطأ ثبت للتخفيف على الخاطئ وعلى عاقلته والعامد لايستحق ذلك التخفيف فيكون الواجب عليه حالا (ألا ترى) ان الوجوب على العاقلة لما كان للتخفيف على القاتل بخلاف القياس لم يثبت ذلك فى العمد وهذا لان وجوب الضمان بمعنى الجبران وحق صاحب النفس فى نفسه كان ثابتا حالا فلاجبران فى حقه الا ببدل هو حال ولان القود سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كما لو سقط بالصلح على مال وهذا على أصله مستقيم فانه يجعل فعل الاب موجبا للقود على مابينه *وحجتنا فى ذلك ان هذا ماوجب بنفس القتل فيكون مؤجلا كما لو وجب بقتل الخطأ أو شبه العمد وهذا لان المتلف ليس بمال وما ليس بمال لايضمن بالمال أصلا وانما عرفنا تقوم النفس بالمال شرعا والشرع انما قوم النفس بدية مؤجلة فى ثلاث سنين والمؤجل أنقص من الحال (ألا ترى) ان فى العرف يشترى الشئ بالنسيئة باكثر مما يشترى بالنقد فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع معنى كما لا يجوز باعتبار صفة العمدية الزيادة فى الدية على قدر الحال فكذلك لايجوز اثبات الزيادة فيه وصفا وبهذا تبين ان التأجيل ليس لمعنى التخفيف على الخاطئ بل لان قيمة النفس شرعا دية مؤجلة بخلاف الايجاب على العاقلة لانه لا فرق فى قيمة النفوس بين أن تكون مستوفاة من العاقلة أو من القاتل فكان الايجاب على العاقلة لمعنى التخفيف على القاتل وهذا بخلاف المال الواجب بالصلح فان ذلك يجب بالعقد

ولهذا لايتقدر بمقدار شرعا حتى لو وقع الصلح باكثر من الدية قدرا جاز فكذلك اذا التزمه بمطلق العقد يكون ذلك حالا بمنزلة الاعواض فى سائر العقود وان كان الوالد قتل ولده خطأ فالدية على عاقلته وعليه الكفارة فى الخطأ ولا كفارة عليه فى العمد عندنا لان فعله محظور محض كفعل الاجنبي والمحظور المحض لا يصلح سببا لايجاب الكفارة عندنا على ما نبينه فان قيل فاين ذهب قولكم ان وجوب الكفارة بطريق السكر لما سلم الشرع له نفسه فاسقط القود عنه فقد وجد هذا المعنى ها هنا وقلتم بانه لا تجب الكفارة قلنا اسقاط القود عنه شرعا متى كان بطريق العذر له والتخفيف عليه كان موجبا للكفارة وهاهنا امتناع وجوب القود عليه لانعدام الاهلية فيمن يجب له لا بطريق التخفيف والعذر للاب فبقى فعله حراما محضا لاشبهة فيه فلا يكون موجبا للكفارة وكذلك ان كان المولى قتل مملوكه عمدا وكذلك ان كان الولد مملوكا لانسان فقتله أبوه عمدا فلا قصاص عليه لمولاه لان وجوب القصاص للمولى بطريق الخلافة عن المقتول فانه ينزل من المملوك منزلة وارث الحرمة فاذا اشترك الرجلان فى قتل رجل أحدهما بعصا والآخر بحديدة فلا قصاص على واحد منهما هكذا نقل عن ابراهيم وهـذا لان القتل بالعصا لايصلح أن يكون موجبا للقصاص لان القصد به التأديب والآلة آلة التأديب فهو بمنزلة فعل الخاطئ والخاطئ والعامد اذا اشتركا فى القتل لم يجب القصاص عليهما لانه اختلط الموجب بغير الموجب فى المحل فقد انزهقت الروح عقيب فعلين أحدهما ليس بسبب لوجوب العقوبة ولا يدرى انه باى الفعلين أزهق الروح فيمكن الشبهة من هذا الوجه فالقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وبعد سقوط القصاص يجب المال فيتوزع عليهما نصفان وليس أحدهما باضافة القتل اليه باولى من الآخر ولا يقال ينبغى أن يضاف القتل الى فعل من استعمل السلاح فيه لان السلاح آلة للقتل دون العصا وهذا لان الانسان قد يسلم من الجرح بالحديد ويتلف من الضرب بالعصا فهو بمنزلة مالو جرحه رجلان أحدهما جراحة واحدة والآخر عشرة جراحات فانه يجعل القتل مضافا اليهما على السواء لهذا المعنى ثم كل واحد منهما فيما لزمه من نصف الدية يجعل كالمنفرد به فنصف الدية على صاحب الحديدة فى ماله ونصفها على صاحب العصا على عاقلته وكذلك لو قتلاه بسلاح وأحدهما صبي أو معتوه فلا قصاص عليهما عندنا وهو أحد قولى الشافعي وفى قوله الآخر يجب القود على العاقل البالغ بناء على قولين فى عمد الصبي على ما بينا فاما الاب مع الاجنبي

أو المولى مع الاجنبي اذا اشتركا فى قتل الولد والمملوك فلا قصاص على واحد منهما عندنا وقال الشافعى يجب القصاص على الاجنبي لانهما قاتلاه عمدا محضا مضمونا فيجعل كل واحد منهما كالمنفرد به فى حكم القصاص كالاجنبيين عفا عن أحدهما أو بسقوط القود عن أحدهما لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه عن الآخر كالاجنبيين اذا عفا عن أحدهما وتفسير العمد من وجهين أحدهما انه عبارة عن فعل يترتب على قصد صحيح اليه وبالابوة والملك لا ينعدم القصد الصحيح الى الفعل وهذا لان ضد العمد الخطأ فاذا كان الخطأ مايكون عن غير قصد من الفاعل اليه بعينه عرفنا ان العمد مايكون عن قصد وعلى هذا نقول يجب القصاص على شريك الصبي والمجنون لان للصبي والمجنون قصدا صحيحا فكان فعلهما عمدا وللعمد تفسير آخر فى القتل شرعا وهو أنه محظور محض ليس فيه شبهة الاباحة لان المتعلق به شرعا العقوبة قال عليه السلام العمد قود ولا تجب العقوبة الا جزاء على فعل هو محظور محض وفعل الاب والمولى محظور محض ليس فيه شبهة الاباحة لان فى حق الاب قد انضم الى ارتكاب الفعل المحرم معنى قطيعة الرحم وفى حق المولى انضم الى الفعل المحرم الاتيان بضد ما أمر به من الاحسان الى المماليك والقتل لايحل بملك المالكية بحال فلا تمكن بسببه شبهة فيه بمنزلة من شرب خمر نفسه يلزمه الحد لانه لا أثر للملك فى اباحة شرب الخمر فلا يخرج الفعل باعتباره من أن يكون محظورا محضا وعلى هذا الطريق لا يجب القود على شريك الصبي والمعتوه لان فعلهما لا يوصف بانه محظور محض وفى الحقيقة الكلام ينبنى على أن فعل الاب موجب للقود عنده ثم سقط عنه القود بعفو الشرع منه عن الاب فلا يسقط عن الاخر لان عنده وان السقوط لأحد القاتلين متميز عن الآخر والدليل على ذلك ان سبب القود شرعا هو العمد وثبوت الحكم بثبوت السبب فاذا كانت الابوة لا توجب نقصانا فى السبب لا يمنع ثبوت الحكم أيضا وانما لا يستوفى لكيلا يكون الولد سببا لافناء الوالد بعد ان كان الوالد سبب ايجاده وهذا فى حقيقة الاستيفاء دون الوجوب فيثبت الوجوب حكما للسبب ثم يتعذر الاستيفاء لهذا المعنى فيسقط شرعا والدليل عليه ان عندكم لا تجب الكفارة على الوالد ولو لم يكن الفعل موجبا للقود لوجبت الكفارة به وان الاب لو قتل ابنه عمدا كان الولد شهيدا لا يغسل وانما لا يغسل اذا كان القتل غير موجب للمال بنفسه وهذا بخلاف الخاطئ مع العامد لان فعل الخاطئ غير موجب فاختلط الموجب بغير الموجب فى المحل فيمكن الشبهة لاتحاد المحل

يقرره ان الخطأ معنى فى الفعل (ألا ترى) انه يوصف الفعل به فيقال قتل خطأ وقد اجتمع الفعلان فى محل واحد فاما الابوة فمعنى فى الفاعل (ألا ترى) ان الفاعل يوصف به فيقال أب قاتل فاحد الفاعلين متميز عن الآخر *وحجتنا فى ذلك ان هذا القتل ثم موجب للدية فلا يكون موجبا للقصاص كالخاطئ مع العامد اذا اشتركا وبيان الوصف أن الواجب على الاب بهذا الفعل الدية لاغير فانه هو الذى يستوفى منه وانما يراد بالوجوب الاستيفاء فاذا كان لا يستوفى منه الا الدية عرفنا انه موجب للدية والدليل على أن وجوب الدية هو الحكم الاصلى فى قتل الاب دون القصاص ان السبب لا ينعقد موجبا لحكمه الا فى محل صالح له وبعد صلاحية المحل لا يكون موجبا للحكم الا باعتبار الاهلية فيمن يجب له وفيمن يجب عليه (ألا ترى) ان الاتلاف كما لا يكون موجبا للضمان بدون محل صالح له وهو المال المتقوم لا يكون موجبا بدون الاهلية فيمن يجب له وفيمن يجب عليه حتى ان المسلم اذا أتلف مال مسلم لا أمان له أو الحربى اذا أتلف مال المسلم لا يجب الضمان والبيع كما لا ينعقد شرعا الا فى محل صالح لا ينعقد الا بعد وجوب الاهلية فيمن يباشره اذا عرفنا هذا فنقول العمد موجب للقود بشرط الاهلية فيمن يجب له وعليه وذلك لا يوجد فى قتل الصبي والمجنون لانعدام الاهلية فيمن تجب عليه العقوبة ولا فى قتل الاب لانعدام الاهلية فيمن تجب له على ما بينا ان الولد لا يكون من أهل أن يجب له القتل على والده لان فى الايجاب استحقاق نفسه شرعا واذا لم يكن هو أهلا لمباشرة اتلافه حقيقة بصفة الاباحة لا يكون أهلا لاستحقاق اتلافه شرعا فلا يكون فعله موجبا للقصاص لانعدام الاهلية ولهذا كان موجبا الدية المغلظة فى ماله لانه خرج من أن يكون موجبا للقود لانعدام الاهلية فيمن يجب له وذلك لا يوجد فى الدية ولهذا لم يكن موجبا للكفارة لان انعدام وجوب القصاص لانعدام الاهلية فيمن تجب له الشبهة فى أصل الفعل فلا يخرج من أن يكون محظورا وفى غسله روايتان فى احدى الروايتين عن أبى يوسف يغسل لان الغسل موجب للمال وفى الرواية الاخرى لا نغسل لان امتناع وجوب القصاص لانعدام الاهلية فيمن تجب له وذلك لا يتعدى الى حكم النفس فان قيل هذا ممنوع فان الولد يرث القصاص على أبيه حتى يسقط وبدون الاهلية لا يجب الحق [illegible] فاسد لانه انما لم يكن أهلا لايجاب القود على الاب [illegible] حكما [illegible] لا يوجد فى الوراثة لان الاتلاف الحكمى كان ثابتا قبل أن يرثه الولد [illegible] فى ثبوت [illegible] الارث للولد [illegible]

الاب حقيقة وحكما فانه يسقط القود اذا ورثه الابن ولا يسقط اذا لم يرثه وهو نظير الولد فى أنه لا يسترق والده ثم يشتري والده المملوك فيعتق عليه والدليل عليه ان الابوة لو طرت على قصاص موجب أسقطته واذا اقترنت بالسبب دفعت الوجوب بطريق الاولى لان تأثير الشئ فى الحكم مقترنا بالسبب أقوى من تأثيره طارئا على السبب واذا ثبت أن فعل الاب غير موجب عرفنا انه اختلط الموجب بغير الموجب فى المحل فكان كالخاطئ مع العامد بخلاف ما اذا عفا عن أحد القاتلين وقوله الابوة معنى فى الفاعل لا معتبر به فانه وان كان فى الفاعل فقد تعدى الى الفعل حتى أخرجه من أن يكون موجبا فهو نظير الخطأ فى الفاعل بان رمى الى انسان يظنه كافرا وهو مسلم فان الخطأ هاهنا باعتبار معنى فى الفاعل ولكن لما تعدى الى الفعل صار ذلك شبهة فى حق شريكه فى الفعل فكذلك هاهنا والدليل عليه أن مسلمين لو رميا الى صيد أحدهما بسهم والآخر ببندقة لم يحل تناول الصيد وكذلك لو رمى مسلم ومجوسى الى الصيد وفى أحد الموضعين الحرمة باعتبار معنى فى الفعل وفى الموضع الآخر باعتبار معنى فى الفاعل وهو كونه مجوسيا لكن لما تعدى الى الفعل التحق بالمعنى الذى هو فى الفعل فى ايجاب الحرمة فهذا مثله ولو اشترك عشرة رهط فى قتل رجل خطأ كانت الدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين لان وجوب الدية لصيانة المحل عن الهدر فالمحل واحد وبايجاب دية واحدة عليهم يتم معنى الصيانة ثم الواجب على كل واحد منهم جزء مما هو مؤجل فى ثلاث سنين وهو بدل النفس فهو بمنزلة مالو اشترى عشرة نفر شيأ بثمن مؤجل الى ثلاث سنين فانه تثبت تمام الاجل فى حق كل واحد منهم وهذا لان كل ثلث من بدل النفس مؤجل فى سنة والواجب على كل واحد منهم عشر كل ثلث الا أن يكون الواجب على بعضهم من الثلث الذى هو مؤجل الى سنة أو من الثلث الثانى خاصة ولو أقر رجل بقتل خطا أو شبه عمد كانت الدية عليه فى ماله فى ثلاث سنين لان العاقلة لا تعقل ما يجب بالاعتراف لقوله عليه السلام ولا اعترافا وهذا لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب فانما يحمل على الصدق فى حق المقر خاصة لانتفاء التهمة فاما فى حق عاقلته فهو محمول على الكذب وله ولاية على نفسه فى الالتزام قولا دون عاقلته وكل جناية عمد فيما دون النفس لا يستطاع فيها القصاص أو شبه عمد فالارش فى مال الجانى مغلظا أما فى العمد فلا يشكل واما فى شبه العمد فلان شبه العمد لا يتحقق فيما دون النفس وانما يتحقق فى النفس خاصة فان ذلك حكم ثابت بالنص وانما ورد النص به فى

النفوس ثم القتل ازهاق للروح والروح ليس بمحسوس يمكن أخذه وشبه العمد ما تنزهق به الروح على قصد التأديب وقد تحقق ذلك فأما فيما دون النفس فالجرح فعل محسوس فمع تحققه لا يتحقق قصد التأديب فيه بالجرح فلا يخرج به من أن يكون عمدا محضا فلهذا كان الارش فى ماله واذا ضرب الرجل سن الرجل فتحركت فانه ينتظر بها حولا لان السن قد تتحرك ثم تثبت كما كانت وقد تتحرك الى وقد تسقط وحكم أحدهما مخالف للآخر فلا يمكن فصل الحكم فيه بدون الانتظار والحول حين للانتظار وفيه معنى يكشف الحال كما فى العنين واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يستأنى بالجراحات حتى تبرأ وقال لا يستقاد فى الجراحات حتى يستأنى وكذلك لو قلع السن فانه يستأنى به حولا لجواز ان ينبت مكانه آخر فان اسودت السن فى الحول أو سقطت أو احمرت أو اخضرت فعليه ارش كامل لان الحادث فى مدة الاستيناء مضاف الى فعله وقد بينا ان السن اذا اسودت من ضربته يجب ارشها كاملا لانها بعد ما اسودت تتناثر وتتلاشى فكأنها سقطت واختلاف الرواية فيما اذا اصفرت وقد بينا ذلك وعن زفر يجب ارشها كاملا كما لو احمرت وتأويل قوله اذا اصفر أصلها فان ذلك فى تفويت معنى الجمال والمنفعة بمنزلة ما لو اخضرت أو احمرت ومعنى تتناثر وتتلاشى بعد ذلك فى العادة فان قال الضارب انما اسودت من ضربة حدثت فيها بعد ضربتى وكذبه المضروب فالقول قول المضروب مع يمينه الا أن يقيم الضارب البينة على ما ادعى فاستحسن هذا لما فيه من الاثر والسنة قيل ان المراد به الانتظار بها حولا ثبت استحسانا بالاثر والسنة وفى القياس لا معنى للانتظار لوجود السبب للحال والاصح ان المراد القول قول الضارب فى القياس لانه ينكر السبب الموجب للضمان عليه فان الضربة بنفسها لا توجب عليه الضمان ما لم يكن سواد السن بتلك الضربة وانكاره حدوث السواد كانكاره أصل الضربة فيكون القول قوله فى ذلك وعلى المضروب اثبات ما يدعى بالبينة وفى الاستحسان القول قول المضروب لان الموجب للضمان على الضارب فعله وقد عرفنا حلول فعله بهذا المحل وما يظهر عقيب السبب يحال به عليه مالم يعلم غيره ولان الظاهر شاهد للمضروب لان ما يدعيه الضارب من ضربة أخرى من غيره لم يظهر والقول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه الا أن يقيم الضارب البينة على ما يدعى من ضربة أخرى من غيره ولان

الشرع ماأمرنا بالانتظار اضرارا بالمضروب فلو لم يقبل قوله فيما يظهر فى ذلك المحل انه حادث بتلك الضربة لرجع ذلك الى الاضرار به ولو شج رجلا موضحة فصارت منقلة فقال المضروب صارت منقلة من ذلك وقال الضارب حدثت فيها من غير فعل أحد فالقول قول الضارب بخلاف السن على طريقة الاستحسان لان هاهنا فعل الضارب انما عمل فى اللحم دون العظم والمنقلة ما يكون عاملا فى العظم فالضارب ينكر فعله فى هذا المحل والظاهر يشهد له لان الفعل فى المحل لا يؤثر فعلا آخر الا نادرا فاما فى الاول فانما اسودت السن التى حلت الضربة بها فالظاهر شاهد للمضروب هناك واذا قلع الرجل سن رجل أو صبي ثم نبتت فلاشئ على القالع لانه لم يبق لفعله أثر وعن أبي يوسف رحمه الله قال يلزمه حكومة عدل باعتبار الالم الذى لحقه وكذلك الظفر اذا قلعه فنبت فليس فيه حكومة عدل ولا ارش لانه لم يبق فيه أثر وان نبتت السن سوداء ففيها ارش كامل لان النابتة قائمة مقام المقلوعة فكان الاولى باقية قد اسودت وان نبت الظفر أعور ومتغيرا ففيه حكومة عدل بمنزلة الاول لو اعور بالضربة أو تغير وهذا لانه ليس فى الظفر منفعة مقصودة وانما يكون فيه مجرد الجمال فاذا اسود أو تغير ينتقص معنى الجمال ولا يكون السواد فى الظفر دليل موت الظفر (ألا ترى) أن فى أنواع بنى آدم من يكون ظفرهم أسود خلقة حتى قالوا اذا كان المضروب من ذلك النوع ينبغى أن لا يجب شيء لانه لا ينتقص فى حقه معنى الجمال قال واذا قلع الرجل سن رجل خطأ فأخذ المقلوع سنه فأثبتها مكانها فثبتت فعلى القالع ارشها لانها وان ثبتت لا تصير كما كانت (ألا ترى) انها لا تتصل بعروقها ولهذا جعل محمد رحمه الله تلك السن كالميتة حتى قال اذا كانت أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته معها وفرق أبو يوسف رحمه الله بين ما اذا أثبت فى موضعها سن نفسه أو سن غيره فى حكم جواز الصلاة وقال بينهما فرق ولا يحضرنى وكذلك الاذن اذا أعادها الى مكانها لانها لا تعود الى ما كانت عليه فى الاصل وان التصقت فأما اذا ابيضت العين من ضربة رجل ثم ذهب البياض منها فأبصر فليس على الضارب شئ لانه عاد الى ما كان عليه في الاصل ولم يبق الا الالم الذى لحقه بالضربة وباعتبارها لا يجب شيء وانما يجب باعتبار الاثر فى المحل ولم يبق ولو شجه موضحة خطأ فسقط منها شعر رأسه كله فلم ينبت فعلى عاقلته الدية تامة لافساد المنبت ويدخل ارش الشجة فى ذلك عندنا وقال زفر رحمه الله لا يدخل لان الشجة موجبة للضمان بنفسها وكذلك افساد منبت الشعر جناية على حدة ولا

تدخل فى ارش الجنايات فيما دون النفس ولكنا نقول وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر دليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى كما كان لا يجب شيء واذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب مادونه باعتباره أيضا فان كان ذهب من الشعر بعضه فعلى الجانى الا كثر من أرش الشعر ومن ارش الشجة ويدخل الاقل فى ذلك لان ايجاب الا كثر يتحقق باعتبار السبب معنى كما بينا وكذلك ان كان فى الحاجب فان الموضحة فى الوجه والرأس سواء والآمة لا تكون الا فى الرأس أو الموضع الذى يتصل بالدماغ من الوجه والجائفة لا تكون الا فى الظهر والبطن والجنب أو فى الموضع الذى يتصل بالجوف حتى لو جرحه بين ذكره ودبره جراحة واصلة الي جوفه تكون جائفة فأما فى الفخذ والعضد فلا تتحقق الجائفة وكذلك في العنق وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله قال اذا وصلت الجراحة الي موضع يحصل الفطر للصائم بوصول المفطر اليه تكون جائفة وان كان لا يحصل له الفطر بوصول المفطر اليه لا تكون جائفة ولو شجه فذهب من ذلك عقله فانه يلزمه الدية باعتبار ذهاب العقل ويدخل فيه ارش الموضحة عندنا وعلي قول الحسن رضى الله عنه لا يدخل لاختلاف محل الجناية فان محل الموضحة غير محل العقل بخلاف الشعر مع الموضحة ولكنا نقول ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولو شجه موضحة فمات من ذلك لزمه كمال الدية ودخل فيه ارش الشجة فأما اذا ذهب من الشجة سمعه أو بصره أو كلامه يلزمه الدية باعتبار هذه الاشياء ولا يدخل ارش الشجة في ذلك الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله قال وفى السمع والكلام يدخل ارش الشجة فى الدية وفى البصر لا يدخل لان البصر ظاهر كالموضحة فقد يباين المحل حقيقة وحكما فأما السمع والكلام فمعنى باطن بمنزلة العقل فكما يدخل ارش الموضحة فى الدية الواجبة باذهاب العقل فكذلك فيما تجب باذهاب السمع والكلام ولكنا نقول محل السمع غير محل الشجة وكذلك محل الكلام وبتفويتهما لا تتبدل النفس وانما تجب الدية لتفويت منفعة مقصودة منهما فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة فان ذهب بالشجة العقل والسمع والكلام والبصر فانه يجب عليه أربع ديات وقد روينا عن عمر رضى الله عنه أنه قضى على رجل بأربع ديات واعمى عليه حي * فان قيل كيف يستقيم هذا ولو مات من الشجة لا يلزمه الادية واحدة وبموته فاتت هذه المنافع ثم لم يلزمه الادية واحدة فبفوات هذه

المنافع بدون الموت أولى * قلنا اذا مات فقد تحقق اتلاف النفس فالاطراف تابعة للنفس ومتى وجب اعتبار الاصل يسقط اعتبار الاطراف فأما ما بقيت النفس فهذه المنافع تصير معونة عليه مقصودا وبعضها ليس يتبع البعض ففي حق كل واحد منهما يجعل كانه لم يفت غيرها * فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعانى لتوجب عليه الدية باعتبارها فان قول المجنى عليه فى ذلك غير مقبول * قلنا أما اذا صدقه الجانى أو استحلف فنكل فانه يثبت فواتها بنكوله ثم فوات البصر يعرفه الاطباء فينظر اليه رجلان عدلان من الاطباء ويكون قولهما فى ذلك حجة وقيل يمتحن بالقاءحية بين يديه فاذا استعد بالتحرز منها علم أنه لم يفت بصره فأما السمع فانه يتغفل ثم ينادى كما فعله اسماعيل بن حماد رضى الله عنه فان رجلا ضرب على رأس امرأته فزعم أنه ذهب سمعها فاشتغل اسماعيل بغيرها ثم التفت اليها وهى غافلة وقال استرى عورتك أيتها المرأة فجعلت تجمع ثيابها فعلم أنها سامعة وكذلك فى اذهاب العقل اذا ادعاه فيستغفل ثم يخاطب بشئ بغتة فان التفت الى ذلك يعلم أنه يعقل وكذلك فى اذهاب الكلام يطلب غفلته يسمع كلامه فى موضع يكون عنده أنه ليس بحضرته أحد واذا قطع أصبع رجل فشلت أخرى الى جنبها أو قطع يده اليمنى فشلت يده اليسرى فلا قصاص فى شئ من ذلك والارش واجب لما قطع ولما حدث فيه الشلل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقتص من القاطع وفى الشلل الارش وهذه فصول أحدها اذا قطع الاصابع فشلت الكف أو قطع مفصلا من أصبع فشلت بقية الاصابع فانه لا يجب القصاص هاهنا بالاتفاق لان الشلل سراية جناية وحكم السراية حكم الجناية (ألا ترى) أن أصل الجناية اذا كانت عمدا فسرايتها كذلك عمد واذا كانت خطأ فسرايتها كذلك واذا كان أصل الجناية مباشرة فسرايتها كذلك وان كان تسببا فسرايتها كذلك وها هنا السراية شلل لا قصاص فيه وكذلك لا يحل القصاص فى أصل الفعل لان ما ليس بموجب للقصاص اذا اتصل هو بما وجب على وجه الاختلاط امتنع وجوب القصاص وقد تحقق الاختلاط هاهنا باتصال أحد المحلين بالآخر وقيام التبع بالاصل فأما اذا قطع أصبعا فشلت أصبع أخرى فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان الشلل ههنا غير مختلط بالقطع لانه لا اتصال لاحد المحلين بالآخر انما بينهما تجاور أما فى اليدين فظاهر وكذلك فى الاصبعين فاتصال احداهما بالاخرى بواسطة الكف فيكون ذلك تجاورا بينهما فباختلاف المحل عرفنا أنهما جنايتان فبأن امتنع وجوب القصاص فى أحدهما لا يمتنع وجوبه فى الآخر وكان

المحلان من نفس واحدة فى معنى نفسين فكما أنه اذا قطع يد انسان فأصاب السكين يد آخر فقطع يده يجب الارش للثانى والقصاص للاول فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذه جناية وسرايتها وقد تعذر ايجاب القصاص باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار أصلها كما لو قطع مفصلا فشلت الاصبع وهذا لان السراية أثر الجناية وهو مع أصل الجناية فى حكم فعل واحد فالدليل على أنه سرايتان أن فعله أثر فى نفس واحدة والسراية عبارة عن آلام تتعاقب من الجناية على البدن وذلك يتحقق فى نفس واحدة فى موضعين منها كما يتحقق فى الطرف مع أصل النفس اذا مات من الجناية بخلاف النفسين فان الفعل فى النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا تتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد من أن يجعل ذلك فى حكم فعل على حدة وهو خطأ ثم يعتبر حكم كل فعل بنفسه والدليل عليه أن منفعة كل أصبع تتصل بمنفعة الاخرى كما ان منفعة الاصابع تتصل بمنفعة الكف وكذلك هذا فى اليدين من نفس واحدة بخلاف النفسين فلا اتصال لمنفعة احداهما بالاخرى وذكر فى الجامع الصغير أنه لو شجه موضحة عمدا فذهب من ذلك بصره فلا قصاص عليه فى الموضحة عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن عليه الارش فيهما ونقل عن أبى يوسف ومحمد أن عليه القصاص فى الموضحة والدية فى البصر وهو نظير ما بينا وقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى هذا الفصل أنه يجب القصاص فيهما لان اذهاب البصر عمدا يوجب القصاص وقد بينا ان سراية الفعل لا تخالف أصل الفعل فى الصفة بخلاف الشلل فان الشلل غير موجب للقصاص فعلى هذه الرواية عن محمد لو قطع أصبعا منه عمدا فقطعت أصبع أخرى يجب القصاص فيهما أيضا بخلاف ما اذا شلت أخرى لان فى تفويت أصل الاصبعين عمدا القصاص والسراية بصفة أصل الفعل وليس فى تفويت المنفعة بالشلل قصاص فمن هذا الوجه يقع الفرق ولو شجه موضحة فصارت منقلة أو كسر بعض سنه فاسود ما بقى أو قطع الكف فشل الساعد فلا قصاص فى شئ من ذلك لان محل السراية ها هنا متصل بمحل الجناية فكان الفعل واحدا حقيقة وحكما وباعتبار مآله يتعذر ايجاب القصاص اذ لا قصاص فى كسر العظم وسواد السن والشلل وقيل يلزمه الارش فى جميع ذلك واذا شجه منقلة عمدا وهو من أهل الابل غلظ عليه فى الاسنان فجعل عليه عشر من الابل ارباعا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وكذلك على هذا القياس فى الآمة وغيرها اعتبارا للجزء بالكل فان صفة التغليظ

ثابتة في جميع الدية باعتبار صفة العمدية فثبت في ابعاضها وان كان ذلك خطأ وجب الارش اخماسا اعتبارا للبعض بالكل الا ان في العمد تجب في ماله وفي الخطأ يجب على عاقلته اذا بلغ الواجب ارش الموضحة وكذلك ينبغي علي طريقة القياس منها دون ارش الموضحة ان يكون على العاقلة وبالقياس أخذ الشافعي رضي الله عنه لانه اعتبر الجزء بالكل واعتبر ضمان اتلاف النفس بضمان اتلاف المال فانه لا فرق فيه بين القليل والكثير في حق من يجب عليه ولكنا استحسنا بجعلنا مادون ارش الموضحة عليه في ماله لما روينا من الاثر فيه واذا كان القاتل خطأ من أهل الابل فصالح على أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار نقدا أو نسيئة لم يجز أن يعطى أكثر من الدية لان مقدار الواجب من الدية ثابت بالنص فلا تجوز الزيادة عليه لما في الصلح على الزيادة من معنى الربا وبان كان القاتل من أهل الابل لا تخرج الدراهم والدنانير من أن تكون أصلا في الدية في حقه وعند الصلح على الدراهم يجعل كأنهما عينا الدراهم أولا ثم صالحه علي أكثر من ذلك فيكون ربا وكذلك لو كان من أهل الورق فصالح على أكثر من ألف دينار أو أكثر من مائة من الابل فالصلح باطل لان عند الاتفاق على أحد الاصناف يتعين ذلك الصنف الواجب منه مقدر شرعا فالزيادة عليه تكون ربا فأما في العمد الموجب للقود اذا أوقع الصلح على أكثر من الدية يجوز عندنا وفي أحد قولي الشافعي لا يجوز بناء على ما تقدم أن في أحد قوليه الواجب في العمد أحد شيئين يتعين ذلك باختيار الولي واذا اختار الدية وهي مقدرة شرعا لا تجوز الزيادة عليها بطريق الصلح وعندنا الواجب هو القود لا غير فالمال الذي يلتزمه يكون عوضا عن القود ولا ربا بين ماليس بمال وبين ما هو مال والدليل على جواز هذا الصلح ما روى أن فارسا من فرسان المسلمين قتل رجلا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فلما خرج ليقتل رأت الصحابة الكراهة في وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجوا وصالحوا أولياء القتيل على ديتين دية يعطيها القاتل ودية يتبرع أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم بادائها فسر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو صالحه في الخطأ أو العمد علي خمسين من الابل جاز أما في العمد فلا يشكل وفي الخطأ لانه أسقط بعض الواجب ولو أسقط الكل بالعفو لجاز فكذلك اذا أسقط البعض وكذلك لو صالحه على خمسمائة دينار قبل أن يقضى عليه بالدراهم وقال انما صالحتك عن الدية علي ذلك فهو جائز بطريق الاسقاط كأنهما عينا الدنانير ثم أسقط عنه النصف ورضي بالنصف

ويكون الباقي مؤجلا في ثلاث سنين سواء ذكر الاجل أولم يذكره أما اذا لم يذكر الاجل فلان هذا الصلح ابراء عن البعض وليس فيه تعرض لما بقي فيبقى ما بقي على الوجه الذي كان عليه الكل في الابتداء وهو أنه مؤجل في ثلاث سنين وكذلك ان شرط الاجل فيما بقي من ثلاث سنين لان هذا الشرط يقرر مقتضى مطلق العقد ولا يقال هذا في معنى نسيئة بنسيئة لان ذلك عند تمكن المبادلة ولا مبادلة هاهنا انما هو اسقاط نصف الواجب فقط فأما اذا كان من أهل الابل فقضى عليه بالابل فصالحه من ذلك على شيء من العروض أو الحيوان بعينه بعد أن لا يكون مما فرض عليه الدية كان جائزا وان كان أكثر من الدية أضعافا ويأخذه حالا لان هذا استبدال بدين لا يستحق قبضه في المجلس ولا هو في حكم المبيع فيكون ذلك صحيحا وبنفس الاستبدال يملكه عينا والاجل في العين لا يتحقق وكذلك لو كان من أهل الورق أو الذهب فقضى عليه بشيء من ذلك ثم صالحه على عين من جنس آخر جاز وان جعل لما وقع عليه الصلح أجلا بان صالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجل لا يجوز لانه بدل عما قضي عليه به من الدراهم أو الدنانير فيكون هذا شراء دين بدين وذلك حرام وكذلك ان قضى عليه بدراهم ثم صالحه على دنانير بعينها أكثر من ألف دينار أو أقل من ألف دينار يجوز بعد أن يقبض ذلك في المجلس وان صالحه على دنانير مؤجلة لا يجوز لانه صرف ولانه دين بدين واذا أقر الرجل أنه قتل رجلا خطأ وادعى وليه العمد فله الدية في ماله استحسانا وفي القياس لا شيء له وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس أن الولي ادعى عليه القود وهو منكر وهو أقر له بالمال وقد كذبه الولي في ذلك فلا يجب شيء (ألا ترى) انه لو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ لم يجب شيء فكذلك هاهنا وجه الاستحسان أن الولي تمكن من أخذ المال الذي أقر له به القاتل مع اصراره على دعواه بان يقول حقي في القصاص ولكنه طاب مني ان آخذ المال عوضا عن القصاص وذلك جائز فعرفنا أنه ما صار مكذبا له فيما أقر به فأما اذا ادعى الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فان الولي لا يمكنه أن يأخذ المال لان القاتل يجحد موجب ذلك ولا يمكنه أن يأخذ القصاص مع اصراره على الدعوى لان ما يدعيه القصاص عوض عن المال. يوضح الفرق أن الولي حين ادعى العمد فقد ادعى أصل القتل والصفة والمقر بالخطأ صدقه فيما ادعى من أصل القتل وجحد ما ادعى من صفة العمدية فلا يعتبر تصديقه في أصل القتل بعد ما كذبه في الصفة لان موجب الاصل الذي صدقه فيه يخالف موجب الاصل بالصفة التي

كذبه فيها وكذلك هذا الحكم فيما دون النفس مما يجب فى العمد منه القصاص واذا قتل النائم انسانا بأن سقط عليه أو كان بيده شيء فضربه وهو نائم فعلى عاقلته الدية وعليه الكفارة قال وهذا خطأ وقد بينا أنه فى معنى الخطأ فى الحكم دون الخطأ حقيقة فان النائم ليس من أهل القصد أصلا الا أنه أوجب عليه الكفارة وجعله محروما من الميراث لتوهم ان يكون تناوم ولم يكن نائما حقيقة وهذا معتبر في حرمان الارث واما الكفارة فلتركه التحرز فى موضع يتوهم أن يصير قاتلا لانسان فى نومه بهذه الطريق وقد بينا ان الكفارة فى الخطأ انما وجبت لترك التحرز والله أعلم بالصواب

باب الشهادة فى الديات

(قال رحمه الله) واذا شهد شاهدان على رجل بالقتل خطأ وشهد الآخر على اقرار القاتل بذلك فهذا باطل لانهما اختلفا فى المشهود به فان أحدهما شهد بفعل والآخر بقول والقول غير الفعل وواحد منهما لا يثبت عند القاضى الا باتفاق الشاهدين عليه وكذلك لو شهدا على القتل واختلفا فى الوقت أو المكان فان الشهادة لا تقبل لان الفعل لا يحتمل التكرار خصوصا القتل فى محل واحد فكل واحد منهما يشهد بفعل غير ما يشهد به صاحبه وذلك يمنع قبول الشهادة كشهود الغصب اذا اختلفوا فى المكان والزمان ثم ها هنا القاضى يوقن بكذب أحدهما لانه بعد ما قتل فى يوم وفى مكان لا يتصور أن يقتله فى مكان آخر فى يوم آخر وبعد ما تيقن القاضى بكذب الشاهد لا يجوز له أن يقضى بشهادته وكذلك لو اختلفا فيما قتله به فقال أحدهما كان بحجر وقال الآخر بعصا لانهما اختلفا فى المشهود به فالقتل بالحجر غير القتل بالعصا حقيقة وان كان حكمهما واحدا وكذلك لو قال أحدهما قتله عمدا وقال الآخر قتله خطأ فقد اختلفا فى المشهود به لان الخطأ غير العمد وحكمهما مختلف وكذلك لو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أحفظ الذى كان به القتل لان الذى قال لا أحفظ ضيع بعض شهادته ولانه شاهد بفعل غير الفعل الذى شهد به صاحبه (ألا ترى) أنه تمكن من أن يبين أنه قتله بالسلاح ولا يكون هذا البيان منه مخالفا لاول كلامه ولو قال الآخر مثل ذلك كان مناقضا فى كلامه فعرفنا أنه شاهد بفعل غير الفعل الذى شهد به صاحبه فلا تقبل الشهادة وان قالا جميعا لا ندرى بم قتله فهو مثل الاول فى القياس لانهما أقرا أنهما ضيعا شهادتهما

ولان شرط قبول الشهادة اتفاقهما على فعل واحد ولا يكون ذلك الا بان يتفقا على آلة واحدة لان الفعل بدون الآلة لا يتحقق واتفاقهما على آلة واحدة لا يثبت بدون التنصيص فأما اذا قالا لا ندرى فبهذا اللفظ لا يثبت الاتفاق على آلة واحدة لجواز أنهما اذا بين كل واحد منهما ولم يكن بيانه ذلك مخالفا لاول كلامه والمحتمل لا يثبت الا بحجة ولكنا نستحسن أن نجيز شهادتهما ونوجب عليه الدية فى ماله لان الشرط اتفاقهما فيما صرحا به في شهادتيهما وذلك أصل القتل وقد ثبت بنص لا احتمال فيه وأصل القتل موجب للدية فاتفاقهما عليه يكون اتفاقا على هذا الموجب فأما القصاص فانما يجب باعتبار صفة العمدية ولم يتعرض الشهود لذلك وباختلاف الآلة انما يختلف حكم القصاص فتوهم اختلاف الآلة انما يعتبر فى المنع من الحكم بالقصاص لا فى المنع من الحكم بالمال فانه لا أثر لاختلاف الآلة فى ذلك ولكن الدية هنا فى ماله لان فى تحمل العاقلة عنه معنى الشك والاحتمال فانه اذا كان عمدا لا تتحملها العاقلة ومع الشك يتعذر ايجابها على العاقلة فكانت فى ماله * يوضحه ان الظاهر أن الشاهدين عرفا الآلة وان الفعل كان عمدا بسلاح لأنهما شهدا بقتل مطلق والفعل المطلق يكون بآلته وآلة القتل السلاح وكذلك الفعل المطلق يكون من العامد الا انهما ستراذلك لدرء القود ويحمل الولى على أن يكتفى بالدية وقد ندبا الى ذلك بالشرع فلا يكون مبطلا شهادتهما بل يقضى بالدية فى مال القاتل كما هو موجب شهادتهما وشهادة امرأتين مع رجل جائزة فى قتل الخطأ وفى كل ما ليس فيه قصاص ولا تجوز فيما فيه قصاص وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضى لان القصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وفى شهادة النساء ضرب شبهة لان الضلالة والنسيان يغلب عليهن وكذلك فى الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضي لأنهما بدل وفى البدل القائم مقام الاصل ضرب شبهة فلا يثبت به ما يندرئ بالشبهات ويثبت به ما لا يندرئ بالشبهات وهو المال ثم بهذه الشهادة اذا تعذر القضاء بالقصاص لا يقضي بالمال بخلاف مسئلة الاقرار فان القاتل اذا أقر بالخطأ بعد ما ادعى الولى العمد يقضي بالمال لان ههنا تعذر القضاء بالقود لمعنى من جهة الولى وهو اشتغاله باقامة حجة فيها شبهة والولى لا ينفرد بأخذ المال بدون رضا القاتل وهناك تعذر القضاء بالقود لمعنى من جهة القاتل وهو اقراره بالخطأ فينزل ذلك منزلة الرضا منه بأخذ المال وللولى أن يأخذ المال مكان القصاص برضا القاتل * يوضحه ان الاقرار موجب للحق بنفسه من غير قضاء القاضى فيتمكن الولى من أخذ ما أقر به القاتل وهو

المال فاما الشهادة فلا توجب شيأ بدون قضاء القاضي والقاضي انما يقضي بما شهد به الشهود وقد تعذر عليه القضاء بذلك هاهنا لمكان الشبهة فلا يقضي بشيء وان شهد عليه رجلان بالعمد حبس حتى يسأل عنهما لانه صار متهما بالدم والسبيل في المتهم أن يحبس لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في التهمة وروى أن عمر رضي الله عنه رأى رجلا يعدو عليه ويقول أجرني ياأمير المؤمنين فقال من ماذا فقال من الدم فقال احبسوه الحديث وقد بينا في أول كتاب الحدود ان أخذ الكفيل في العقوبات غير ممكن لما في ذلك من معنى التوثق والاحتياط وانه يصار فيه الى الحبس فان شهد عليه رجل واحد عدل حبسه أيضا أياما لانه صار متهما بالدم فان خبر الواحد وان كان لا تتم بالحجة فتثبت به التهمة خصوصا اذا كان المخبر عدلا ولان للشهادة شرطين العدد والعدالة وقد وجد أحد الشرطين هاهنا وهو العدالة فهو بمنزلة ما لو تم عدد الشهود ولم تظهر عدالتهم فكما يحبس هناك فكذلك يحبس ها هنا فان جاء شاهد آخر والا خلى سبيله والعمد في ذلك والخطأ وشبه العمد سواء وكان ينبغي في القياس أن لا يحبس في الخطأ وشبه العمد لان الواجب فيهما المال وفي الديون التي هي غير المؤجلة لا يحبس ما لم تتم الحجة لظهور عدالة الشهود ففيما يكون مؤجلا الى العاقلة أولى ولكنه ترك القياس لما ذكرنا ان المتهم بالدم يحبس فان القتل أمر عظيم الي أن يتبين وجه لظهور عذر القاتل أو انتفاء عذره فاذا ادعى ولي القتل بينة حاضرة في المصر والقتل خطأ أخذ به من المدعى عليه كفيلا الى ثلاثة أيام بخلاف ما اذا زعم ان بينته غيب لان الدعوى دعوى الدين فالخطأ موجب الدية دينا وأخذ الكفيل بالنفس في دعوى الديون صحيح اذا ادعى بينة حاضرة في المصر فاما في العمد فلا يصار الى أخذ الكفيل قبل اقامة البينة ولا بعدها ولكن قبل اقامة البينة يلازمه المدعي وبعد اقامة البينة يحبسه علي سبيل التعزير فان ظهرت عدالة الشهود كان القتل موجبا للقود وقضى عليه بالقود والله أعلم بالصواب

باب القسامة

(قال رحمه الله) واذا وجد الرجل قتيلا في محلة قوم فعليهم أن يقسم منهم خمسون رجلا بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية بلغنا هذا عن رسول الله صلي الله عليه وسلم وفي هذا أحاديث مشهورة منها حديث سهل بن أبي حثمة أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن

ابن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة الى خيبر وتفرقوا بحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من قلب خيبر يتشحط فى دمه فجاؤوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل ان يتكلم فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه حويصة ومحيصة وهو الاكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ماحلفوا عليه قال عليه السلام أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة وذكر الزهرى عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتيل من الانصار وجد فى حي ليهود وذكر الحديث الى أن قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة وفى رواية فكتب اليهم اما أن يدوه أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله وذكر الكلبي عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذى يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت فى بنى اسرائيل فأنزل الله على موسى عليه السلام أمرا فان كنت نبيا فاسأل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى أرانى أن أختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا قد قضيت فينا بالناموس يعنى بالوحي وروى حنيف عن زياد بن أبى مريم قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى وجدت أخي قتيلا فى بنى فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا قال وليس لى من أخي الا هذا قال نعم ومائة من الابل وفى الحديث ان رجلا وجد بين وادعة وأرحب وكان الى وادعة أقرب فقضى عليهم عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية فقال حارث بن الاصبع لوادعي ياأمير المؤمنين لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا فقال حقنتم دماءكم بايمانكم وأغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم فهذه الآثار تدل على ثبوت حكم القسامة والدية فى القتيل الموجود فى محلة على أهلها ونوع من المعنى يدل عليه أيضا وهو ان الظاهر ان القاتل منهم لان الانسان قلما يأتى من محلة الى محلة ليقتل مختارا فيها وانما تمكن القاتل منهم من هذا الفعل بقوتهم ونصرتهم فكانوا كالعاقلة فأوجب الشرع الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن

الهدر وأوجب القسامة عليهم لرجاء أن يظهر القاتل بهذا الطريق فيتخلص غير الجاني اذا ظهر الجاني ولهذا يستحلفون بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم على أهل كل محلة حفظ محلهم عن مثل هذه الفتنة لان التدبير فى محلتهم اليهم فانما وقعت هذه الحادثة لتفريط كان منهم فى الحفظ حين تغافلوا عن الاخذ على أيدى السفهاء منهم أو من غيرهم فاوجب الشرع القسامة والدية عليهم لذلك ووجوب القسامة والدية على أهل المحلة مذهب علمائنا وقال مالك رضي الله عنه اذا كان بين أهل القتيل وأهل المحلة عداوة ظاهرة ولوث وتأثيره وكان العهد قريبا بدخوله فى محلتهم الى أن وجد قتيلا يؤمر الولى بان يعين القاتل منهم باعتبار اللوث وتفسير اللوث أن يكون عليه علامة القاتلين أو يكون هو مشهورا بعداوته ثم يحلف الولي خمسين يمينا بالله انه قتله فاذا حلف اقتص له من القاتل وهو قول الشافعى فى القديم وقال فى الجديد فاذا حلف قضى له بالدية فى ماله واذا انعدمت هذه المعانى أو أبى الولى ان يحلف فالحكم فيه ما هو الحكم فى سائر الدعاوى واحتج مالك رضي الله عنه بقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سهل بن أبى حثمة أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم وفى رواية تحلفون وتستحقون وهذا تنصيص على ان اليمين على الولي وانه يستحق القصاص وفى الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالقود فى القسامة وقضى به أبو بكر وعمر رضى الله عنهم وعن بعض الصحابة قال قتلنا قاتل ولينا فى القسامة بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يكن لنا حجة سوى اللوث وفى الحديث المعروف ان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من أنكر الا فى القسامة ففى هذا الاستثناء تنصيص على ان فى القسامة اليمين على المدعى فاذا حلف ترجح معنى الصدق فى جانبه فيستحق المدعى وهو القود ثم قال الشافعى رضى الله عنه ترجح جانبه ولكن بحجة فيها ضرب شبهة والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهة فيجب المال وهذا لان اليمين حجة من يشهد له الظاهر كما فى سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما فى القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث وقرب العهد فيكون اليمين حجة له ٭ و حجتنا ما روينا من الآثار المشهورة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث وقد بينا فى كتاب الدعوى ان اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق فلس بها فكيف تكون حجة لاستحقاق نفس خصوصا فى موضع يتيقن بان الحالف مجازف يحلف على ما يعينه بحال محتمل فى نفسه وهو اللوث وانما اليمين مشروعة لابقاء ما كان على ما كان فلا

يستحق بها مالم يكن مستحقافأما قوله أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فلا تكاد تصح هذه الزيادة وقد قال جماعة من أهل الحديث أوهم سهل بن أبي حثمة ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ولو ثبت فانما قال ذلك على طريق الانكار عليهم لا على طريق الامر لهم بذلك فانه لو كان على سبيل الامر لكان يقول احلفوا فتستحقون دم صاحبكم فأما قوله اتحلفون وتستحقون فعلى سبيل الانكار كقوله تعالى أتأتون الذكران من العالمين وتذرون ماخلق لكم ربكم من أزواجكم الآية وكذلك قوله تحلفون معناه أتحلفون كقوله تريدون عرض الدنيا معناه أتريدون وكان عليه الصلاة والسلام رأى منهم الرغبة فى حكم الجاهلية حين أبو أيمان اليهود وبقولهم لا نرضى بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر فلما عرفوا كراهة رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك رغبوا عنه بقولهم كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد ثم يحتمل أن يكون اليهود ادعوا عليهم بنقل القتيل من محلة أخرى الى محلتهم فصاروا مدعى عليهم فلهذا عرض عليهم اليمين والحديث الآخر لايكاد يصح لما روى عن أيوب مولي أبي قلابة قال قلت عند عمر بن عبد العزيز وعنده رؤساء الناس نخوصم اليه في قتيل وجد فى محلة وأبو قلابة جالس عند السرير أو خلف السرير فقال الناس قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقود فى القسامة وأبو بكر وعمر والخلفاء بعدهم فنظر الى أبى قلابة وهو ساكت فقال ماتقول قال عندك رؤساء الناس وأشراف العرب أرأيتم لو شهد رجلان من أهل دمشق على رجل من أهل حمص انه سرق ولم يرياه أكنت تقطعه فقال لا قال أرأيتم لو شهد أربعة من أهل حمص على رجل من أهل دمشق انه زنى ولم يروه أكنت ترجمه فقال لا فقال والله ماقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسا بغير نفس الا رجلا كفر بالله بعد ايمانه أو زنا بعد احصانه أو قتل نفسا بغير نفس وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة والدية على أهل خيبر فى قتيل وجد بين أظهرهم فانقاد عمر بن عبد العزيز لذلك وهذا لان امراء بنى أمية كانوا يقضون بالقود فى القسامة على ما روى عن الزهرى قال القود فى القسامة من أمور الجاهلية أول من قضى به معاوية فلهذا بالغ أبو قلابة فى انكار ذلك وقوله أو عليه الصلاة والسلام لا فى القسامة يعنى الايمان مكررة فى القسامة بخلاف سائر الدعاوى معناه لا تنقطع الخصومة باليمين فى القسامة بل يقضى بالدية بعدها بخلاف سائر الدعاوى ثم انما يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة فى ثلاث سنين لان حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ

وإذا كانت الدية هناك على عاقلته في ثلاث سنين فها هنا أولى فإن لم يكمل العدد خمسون رجلا كررت عليهم الأيمان حتى يكملوا خمسين يمينا لما روى أن الذين جاؤا إلى عمر رضي الله عنه من أهل وادعة كانوا تسعة وأربعين رجلا منهم فحلفهم ثم اختار منهم واحدا فكرر عليه اليمين وهذا لأن عدد اليمين في القسامة منصوص عليه ولا يجوز الإخلال بالعدد المنصوص عليه ويجوز تكرار اليمين من واحد كما في كلمات اللعان ولأولياء القتيل أن يختاروا في القسامة صالحي العشيرة من الذين وجد بين أظهرهم القتيل فيحلفونهم لأن النبي عليه الصلاة والسلام قال لأخ القتيل اختر منهم خمسين رجلا فدل أن الخيار إليه وهو حقه يستوفى بطلبه وإليه تعيين من يستوفى منه حقه وله أن يختار الشبان والفسقة منهم لأن تهمة القتيل عليهم أظهر وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة فإذا علموا القاتل منهم أظهروه ولم يحلفوا وفي ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن على قول زفر القسامة والدية على عاقلة أهل المحلة قياسا لأحد الموجبين على الآخر وعلى قول أبي يوسف لا قسامة على العاقلة لأن التحمل يجري في الدية ولا يجري التحمل في اليمين ولو اختاروا في القسامة أعمى أو محدودا في قذف كان ذلك لهم لأنهم أسوة غيرهم في الأهلية لليمين والنكول والخيار فيه إليهم دون الإمام لأن الحق لهم وإنما أراد بهذا الفرق بين هذا وبين اللعان فإن اللعان شهادة والمحدود في القذف والأعمى ليس لهما شهادة الأداء فأما هذه فيمين محضة قال في الأصل وكل ما يلزم العاقلة يلزم أهل الديوان والعاقلة من أهل الديوان ولا يلزم النساء والذرية من ذلك شيء ولا يؤخذ من الرجل في كل سنة إلا ثلاثة دراهم أو أربعة لما روى أن عمر رضي الله عنه لما دون الدواوين وفرض الأعطيات جعل المعاقل عليهم في أعطياتهم على كل رجل في كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة وهذا عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه العاقلة هم العشيرة على ما كان عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترى أنه قال في حديث الجنين لأولياء الضاربة قوموا فدوه ولكنا نقول ما كانت الدواوين في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما كانوا يتناصرون بالقرابة بعد الدين فلما دون عمر رضي الله عنه الدواوين جعل التعاقل بالديوان لأنه باعتبار التناصر والتناصر بالديوان دون القبيلة فإن أهل الديوان وإن كانوا من قبائل شتى يقوم بعضهم بنصرة بعض وربما تظهر المعاداة مع من هو من قبيلته من أهل ديوان آخر أكثر مما تظهر مع غيره على ما

روى أنه فى الجمل وصفين كان يقوم أهل كل قبيلة من أحد الصفين بمقاتلة تلك القبيلة من الصف الآخر ثم الاخذ من العاقلة على وجه لا يؤدى الى الاجحاف بهم وذلك فى أن يؤخذ منهم فى كل سنة القدر الذى سمي فان لم يسع ديوان أولئك القوم ضم اليهم أقرب القبائل اليهم فى النسب حتى لا يقع على كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة ولا يدخل فى ذلك النساء والذراري لانهم أتباع لا تقوم النصرة بهم وتمام بيان هذا الكلام فى هذا الفصل فى كتاب المعاقل والقبائل والذى حلف فى القسامة والذى لم يقبل ولم يشهد فى ذلك كل سواء الدية عليهم على أهل الديوان لانها مأخوذة من أعطياتهم وقد استوى فى الاعطيات، من شهد منهم ومن غاب وكذلك فى ظاهر الرواية من كان غائبا ومن كان حاضرا من أهل المحلة فى القسامة سواء وعن أبى يوسف رحمه الله قال من علمت أنه كان غائبا حين وقعت هذه الحادثة لا أدخله فى القسامة لانه ليس عليه من تهمة القتل شيء ولم يكن قائما في حفظ المحلة والتدبير فيها حين وقعت هذه الحادثة ووجه ظاهر الرواية أن السبب كونه من أهل المحلة لا تهمة القتل فان الفقهاء والمشايخ وصالحي أهل المحلة يحلفون وليس عليهم من تهمة القتل شيء وهذا السبب لا ينعدم بكونه غائبا عن المحلة واذا وجد القتيل بين قريتين أو سكتين فالى أيهما كان أقرب كان عليهم القسامة والدية لحديث أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه أن قتيلا وجد بين قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن يمسح بينهما فوجد الى احدى القريتين أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية وعن عمر رضى الله عنه فى القتيل الموجود بين وادعة وأرحب أمر بان يقاس بين القبيلتين وكان الى وادعة أقرب فجعلها عليهم ولان من يقرب من موضع فهو أحق بحفظ ذلك الموضع والتدبير فيه ممن يكون أبعد من ذلك الموضع فان نكلوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا لان الايمان فى القسامة حق مقصود تعظيم أمر الدم ومن لزمه حق مقصود لا تجرى النيابة فى ايفائه فاذا امتنع منه فانه يحبس ليوفى كما كلمات اللعان واذا وجد القتيل فى قرية أصلها لقوم شتى فيهم المسلم والكافر فالقسامة على أهل القرية المسلم منهم والكافر فيه سواء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب القسامة على أهل خيبر وكانوا من اليهود ثم يعرض عليهم الدية فما أصاب المسلمين من ذلك ... وما أصاب أهل الذمة فان كانت لهم معاقل فعليهم والا ففى أموالهم ... القتل خطأ واذا وجد القتيل فى قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيهم من قد اشترى من دورهم

بالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان والمشترين وهذه فصول أحدها أنه ما بقى فى المحلة أحد من أصحاب الخطة فليس على المشترين من ذلك شيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلى المشترون فى ذلك كأصحاب الخطة لأنهم قاموا مقام البائع ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك كاستحقاق الشفعة (ألا ترى) أن فى القتيل الموجود فى دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشتريا أو صاحب خطة فكذلك فى القتيل الموجود فى المحلة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا صاحب الخطة أخص بتدبير المحلة من المشترين (ألا ترى) أن المحلة تنسب الى أصحاب الخطة دون المشتريين وان المشتريين قل ما يزاحمون أهل الخطة فى التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان صاحب الخطة أخص بحكم القسامة والدية من المشتريين أيضا بمنزلة صاحب الدار فى القتيل الموجود فى داره مع أهل المحلة لما كان هو أخص بالتدبير فى داره كان موجب ذلك عليه ثم المشترون اتباع لأصحاب الخطة وما بقى شيء من الاصل يكون الحكم له دون التبع وقيل انما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة فى زمانه أن أصحاب الخطة فى كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك فاما اذا لم يبق من أصحاب الخطة أحد وفيها سكان ومشترون فهى عليهم وهو قول ابن أبى ليلى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكانا (ألا ترى) أن عمر رضى الله عنه أجلاهم منها الى الشام وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن التدبير فى أهل المحلة الى أصحاب الملك دون السكان لان السكان ينتقلون فى كل وقت من محلة الى محلة دون أصحاب الملك والدليل عليه أن ما ينبنى من الغنم شرعا على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة فكذلك ما يكون من الغرم شرعا ولاحجة فى حديث خيبر فانهم كانوا ملاكا قد أقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه استثنى بقوله أقركم ما أقركم الله فلهذا أجلاهم عمر رضى الله عنه وما وظف عليهم كان بطريق الخراج الا أن يقال يملك عليهم الاراضى وقد بيناه هذا فى المزارعة ومن فروع هذه المسئلة اذا وجد قتيل فى السجن فعند أبى حنيفة ومحمد على بيت المال وعند أبى يوسف رحمه الله على أهل السجن لأنهم بمنزلة السكان فى ذلك الموضع وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ما داموا فيه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا أهل السجن مقهورون فى المقام فى ذلك الموضع وهم قل

مايقومون بحفظه والتدبير فيه الا بقدر حاجتهم ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فدية القتيل الموجود فيه تكون على المسلمين فى بيت مالهم ولو وجد القتيل فى دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الخطة فأهل الخطة برآء من ذلك والقسامة علي صاحب الدار وعلى قومه الدية لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الي المالك دون أصحاب الخطة من أهل المحلة والقتيل الموجود فى ملك خاص يجعل كان صاحب الملك هو القاتل له فى حكم القسامة والدية فلهذا كانت القسامة عليه والدية علي عاقلته واذا كانت الدار بين رجلين فوجد فيها قتيل وأحدهما أكثر نصيبا من الآخر فالدية على عواقلهما نصفين لان القيام بحفظ المكان والتدبير فيه يكون باعتبار أصل الملك لا باعتبار قدر الملك وقد استويا فى أصل الملك (ألا ترى) أنه فى المغنم المستحق بسبب الملك يعتبر أصل الملك وهو الشفعة فكذلك فى الغرم واذا وجد الرجل قتيلا فى دار نفسه فعلى عاقلته الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد لاشئ عليهم لانه لو وجد غيره قتيلا فى هذه الدار جعل هو كالمباشر لقتله فى حكم الدية فاذا وجد هو قتيلا فيها يجعل كانه باشر قتل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا والدليل عليه أن المكاتب اذا وجد قتيلا فى دار من كسبه لا يجب فيه شئ لهذا المعنى وكذا لو ان عبده وجد قتيلا فيه كان موجبه عليه فاذا وجد هو فيها قتيلا لا يجب له علي نفسه شئ فكذلك فى الحر ولا ينظر الي كون الدار فى الحال لورثته لان الوجوب باعتبار أصل الجناية وعند الجناية كانت الدار مملوكة (ألا ترى) أنه لا تجب القسامة ههنا ولو كان المعتبر هو الحال لكانت الدية على عاقلة ورثته وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله عليه الصلاة والسلام لا يترك فى الاسلام مفرح أى مهدر الدم والمعنى فيه أنه وجد قتيلا فى موضع لو وجد غيره قتيلا فى ذلك الموضع كانت الدية عليه وعلى عواقله فاذا وجد هو قتيلا فيه كانت الدية على عواقله كما لو وجد واحد من أهل المحلة قتيلا فى المحلة تجب الدية والقسامة على أهل المحلة بهذا المعنى ولهذا لا تجب القسامة ههنا لانه لو وجد غيره فيه قتيلا كانت القسامة عليه دون عاقلته فاذا وجد هو قتيلا فيه يتعذر ايجاب القسامة بخلاف الدية وحقيقة المعنى فيه ان السبب وجود القتيل فى ذلك المكان كما نص عليه عمر رضي الله عنه وانما اغرمكم الدية بوجود القتيل بين أظهركم وحين وجد هو قتيلا فالدار مملوكة لورثته لاله لانه ليس من أهل الملك فتكون الدية عليهم وانما قلنا الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث تتحد فان كان فى موضع تختلف العاقلة فينبغى

على قياس هذه الطريقة أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهو الاصح وعلى قياس الطريقة الاولى على عاقلة القتيل ثم اذا وجد غيره قتيلا في داره انما يجعل الدية والقسامة عليه باعتبار الظاهر لان الظاهر أن غيره لا يتمكن من ذلك في ملكه وهذا لا يوجد فيما اذا وجد هو قتيلا فيها فالظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فلهذا يجعل كان غيره قتله وعند القتل كان التدبير فى حفظ ذلك الموضع اليه فاذا فرط فى ذلك وجبت الدية على عاقلته لورثته * فان قيل اذا قلتم تجب الدية على عاقلة الورثة فكيف يستقيم أن تعقلوا عنهم * قلنا لان الدية تجب للمقتول حتى انه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث وهو نظير الصبي أو المعتوه اذا قتل أباه فانه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له وهذا بخلاف المكاتب يوجد قتيلا فى دار نفسه لان هناك اذا وجد غيره قتيلا انما يجعل هو كالقاتل له باعتبار عقد الكتابة وعقد الكتابة باق بعد ما وجد هو فيه قتيلا فلهذا جعل كانه قتل نفسه فأما هاهنا اذا وجد غيره قتيلا انما يجعل هو كالقاتل له لقيام ملكه فى الدار حين وجد القتيل وذلك غير موجود فيما اذا وجد هو قتيلا فيه فان الملك منتقل الى ورثته فلهذا افترقا والقتيل عندنا كل ميت به أثر فان لم يكن به أثر فلا قسامة فيه ولا دية انما هذا ميت لان حكم القسامة ثبت شرعا فى المقتول والمقتول انما مات حتف أنفه بالأثر فمن لا أثر به فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر بخلاف من به أثر وهو نظير من وجد فى المعركة وبه أثر يكون شهيدا لا يغسل فان لم يكن به أثر غسل وكذلك ان كان الدم يخرج من موضع يخرج الدم منه عادة من غير جرح فى الباطن كالانف فلا قسامة فيه وان كان لا يخرج الدم منه عادة الا بجرح فى الباطن كالاذن فهو قتيل وقد بينا هذا فى الشهيد وان ادعى أهل القتيل على بعض أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم فقالوا قتله فلان عمدا أو خطأ لم يبطل هذا حقه وفيه القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان معلوما لنا بطريق الظاهر وهو أن القاتل واحد من أهل المحلة ولكنا لا نعلم ذلك حقيقة وكذلك بدعوى الاولياء على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذا لم يستفد بهذه الدعوى شيأ لا يتغير به الحكم فتبقى القسامة والدية على أهل المحلة كما كان وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله انه أسقط القسامة عن أهل المحلة لان دعوى المولى على واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فى قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولى انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة

وذلك صحيح منه فان أقام الولى شاهدين من غير أهل المحلة على ذلك الرجل فقد أثبت عليه القتل بالحجة فيقضى عليه بموجبه وان أقام شاهدين من أهل المحلة عليه بذلك لا تقبل شهادتهما لان أهل المحلة خصماء فى هذه الحادثة مابقيت القسامة والدية عليهم فكانوا متهمين فى هذه الشهادة وكانوا بمعنى الشاهدين لانفسهم واذا لم تقبل شهادتهما قال أبو يوسف رحمه الله ان اختار الولي الشاهدين من جملة من يستحلفهم يحلفهما بالله ماقتلنا لانهما زعما انهما يعلمان القاتل فلا معنى لاستحلافهما على العلم وانما يستحلفان على البتات بالله ماقتلنا وقال محمد رحمه الله يحلفان بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا سوى فلان لان ماهو المقصود يحصل بهذا الاستثناء فلا يجوز اسقاط اليمين على العلم فى حقهما كما لايجوز فى حق غيرهما وان ادعى الاولياء على غير أهل المحلة فقد أبرؤا أهل المحلة من ذلك حتى لا تسمع دعواهم بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض فان أقاموا شاهدين بذلك على المدعى عليه من أهل المحلة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادتهما وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل شهادتهما على القاتل بذلك ٭ وجه قولهما ان أهل المحلة حين وجد القتيل بين أظهرهم بعرض أن يكونوا خصماء لو ادعى الولى عليهم فاذا ادعى على غيرهم فقد زالت هذه العرضية وتبين انهم لم يكونوا خصماء فى هذه الحادثة أصلا فوجب قبول شهادتهم فيها كالشفيع اذا شهد بالبيع بعد ما سلم الشفعة فانه تقبل شهادته والوكيل بالخصومة اذا عزل قبل أن يخاصم ثم شهد فى تلك الحادثة تقبل شهادته لهذا المعنى ولان البراءة قد وقعت لاهل المحلة بدعوى الولى على غيرهم على البتات بدليل انهم لا يطالبون بشئ بسبب هذه الحادثة بعد هذا الحال فكانوا بمنزلة غيرهم فى الشهادة فيها ولانا انما كنا نحلفهم على العلم ليظهروا القاتل ان علموا فيستحيل ان يظهروا ذلك حسبة بالشهادة ولا يكون مقبولا منهم بخلاف ما اذا كانت الدعوى على واحد منهم لان هناك لا يظهرونه حسبة بالشهادة بل يسقطون به القسامة والدية عن أنفسهم فكانوا متهمين فيها وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول أهل المحلة صاروا خصماء فى حادثة لا تقبل شهادتهم فيها وان خرج من الخصومة كالوكيل اذا خاصم فى المجلس يعنى مجلس الحكم ثم عزل فشهد وانما قلنا ذلك لان السبب الموجب للدية والقسامة عليهم وجود القتيل بين أظهرهم كما قال عمر رضي الله عنه وانما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم وبدعوى الولي على غير أهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا من الخصومة بعد أن كانوا خصماء لكون الولي مناقضا فى الدعوى

عليهم بعد ذلك وتأثيره انه يحتمل انهم قصدوا بالشهادة تأكيد تلك البراءة وان الولى قصد بتلك البراءة تصحيح شهادتهم له وكذلك تتمكن تهمة المواضعة بينهم وبين الولي فتواضعهم على أن يدعى على غيرهم ليشهدوا له فاتمكن التهمة من هذا الرجل امتنع قبول الشهادة لانها ترد بالتهمة وان ادعى أهل المحلة على رجل من عندهم انه هو الذى قتله وأقاموا عليه بينة من غيرهم قبلت بينتهم لانهم يسقطون بهذه البينة الخصومة عن أنفسهم ومن ادعى نفى الخصومة عن نفسه وأثبته بالبينة كان مقبولا منه كما لو أقام ذو اليد البينة ان العين وديعة فى يده لفلان ثم ادعاه الاولياء على ذلك الرجل أخذوه بالدم وان لم يدعوا عليه ذلك لم يكن عليه ولا على أهل المحلة شئ لان أهل المحلة خصماء فى اسقاط القسامة والدية عن أنفسهم لا فى اثبات موجب القتل على غيرهم انما الخصم فى ذلك الولي فلا بد من دعواه ليقضى بموجب القتل على ذلك الرجل واذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو نصف البدن ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية لان هذا قتيل وجد فى محلتهم وللاكثر حكم الكمال وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أووجدت رجله أو يده أو رأسه فلا شئ عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل اذ الاقل لا يجعل بمنزلة الكل ثم هذا يؤدى الى تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد فانا لو أوجبنا بوجود النصف فى هذه المحلة القسامة والدية على أهلها لم نجد بدا من أن نوجب اذا وجدنا النصف الآخر فى محلة أخرى القسامة والدية على أهلها وتكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع وهذا نظير ما تقدم فى حكم الصلاة عليه واذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد قتيلا فى محلة وجبت القسامة والقيمة على عاقلتهم فى ثلاث سنين لان القيمة فى المماليك بمنزلة الدية فى الاحرار ولنفس المملوك من الحرمة ووجوب الصيانة عن الهدر ما لنفس الحر بدليل مباشرة القتل وأما الدواب والبهائم والعروض فلا قسامة فيها ولا قيمة لانه مال مبتذل ليس له من الحرمة ما للنفس ولا تجب صيانته عن الاهدار لا محالة وفى الحكم الثابت شرعا بخلاف القياس انما يلحق بالمنصوص ما يكون فى معناه من كل وجه فاما ماليس فى معناه من كل وجه فلا يلحق به وان وجد فيهم جنين أو سقط فليس عليهم شئ لان هذا بمنزلة الجزء من وجه كاليد والرجل وان كان تاما وبه أثر فهو قتيل وفيه القسامة والدية لان لنفس الصغير من الحرمة ما لنفس الكبير فكان هذا فى معنى المنصوص عليه من كل وجه ولو وجد الحر قتيلا فى دار أبيه أو أمه أو المرأة فى دار زوجها

فقيه القسامة والدية على العاقلة ولا يحرم الميراث لان حرمان الميراث جزاء مباشرة القتل بصفة الخطر وذلك لم يثبت على صاحب الدار لوجود القتيل فى داره وانما جعل وجود القتيل فى داره بمنزلة مباشرته فى حكم القسامة والدية خاصة للصيانة عن الهدر فهو نظير التسبب الذى قام مقام المباشرة فى حكم الدية خاصة دون حرمان الميراث وان وجد العبد قتيلا فى دار مولاه فلا شئ فيه لانه ماله فهو بمنزلة ما لو باشر قتله بيده الا أن يكون عليه دين فحينئذ يجب على المولى قيمته حالة فى ماله لغرمائه كما لو قتله بيده لان ماليته حق الغرماء واذا وجد المكاتب قتيلا فى دار مولاه فالقيمة على مولاه فى ماله كما لو باشر قتله بيده وهذا لان المكاتب مملوك له فبدله من وجه مملوك له والعاقلة لاتتحمل عنه له فيكون فى ماله ولكن تجب القيمة بالقتل فيكون مؤجلا فى ثلاث سنين ثم يستوفى منه ما بقى من مكاتبه ويحكم بحريته ومابقى يكون ميراثا واذا وجد الرجل قتيلا على دابة يسوقها رجل أو يقودها أو هو راكبها فهو على الذى معه لانه هو المختص بتدبير هذه الدابة وباليد عليها (ألا ترى) انها لو وطأت انسانا كان ذلك عليه وكذلك اذا وجد عليها قتيلا فان لم يكن مع الدابة أحد فهو على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده فى الموضع الذى فيه الدابة موقوفة فانهم أحق الناس بتدبير تلك البقعة وتدبير مافيها مما لا يعرف فى غيرهم وكذلك الرجل يحمل قتيلا فهو عليه لان يده على نفسه أقوى من يده على داره واذا وجد فى داره قتيلا كانت القسامة والدية عليه فاذا وجد ان تثبت على ظهره أو على رأسه أولى واذا وجد القتيل فى سفينة فالقسامة على من فى السفينة من الركاب وغيرهم من أهلها من الذين هم فيها والدية عليهم أما عند أبى يوسف رحمه الله فلا يشكل لانه يجعل السكان والملاك فى القتيل الموجود فى المحلة سواء فكذلك فى القتيل الموجود فى السفينة واما عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ففى المحلة السكان لايشاركون الملاك لان التدبير فى المحلة الى الملاك دون السكان وفى السفينة الظاهر انهم فى تدبيرها سواء اذا حزبهم أمر يوضحه ان السفينة تنقل فيكون المعتبر فيها اليد دون الملك فانها مركب كالدابة فكما ان المعتبر فى القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فكذلك فى القتيل الموجود فى السفينة وهم فى اليد عليها سواء واذا وجد القتيل فى نهر عظيم يجرى الماء به فلا شئ فيه لان مثل هذا النهر لا يد لأحد عليه فقهر الماء يمنع قهر غيره عليه فهو كالقتيل الموجود فى المفازة فى موضع لاحق لاحد فيه الا أن

يكون نهرا صغيرا لقوم معروفين فهو عليهم لانه منسوب اليهم (الا ترى) ان التدبير في كريه واجراء الماء فيه اليهم وهم أحق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم فكان بمنزلة المحلة والفرق بين النهر العظيم والصغير ما بينا في الشفعة فهو نهر عظيم مثل الفرات وجيحون فان كان الى جانب الشاطئ محبسا فهو على أقرب القرى اليه والارضين فعليهم القسامة والدية لان الحبس الى جانب الشاطئ كالملقى على الشاطىء والذين هم بقرب ذلك الموضع أخص بالتدبير فيه لانهم يسقون الماء منه ويسوقون دوابهم الى ذلك الموضع للسقي واذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع فان كانوا لا يسمعون ذلك فلا شيء عليهم فيه هكذا فسره الكرخي وان وجد قتيلا في فلاة فليس فيه شيء قال الكرخي رحمه الله وهذا اذا لم يكن ذلك الموضع قريبا من العمران فان كان قريبا من العمران بحيث يبلغ أعلي صوته أهل العمران في ذلك الموضع فهو عليهم لانه الموضع الذي ينتهي اليه صوته من العمران وهم أحق بالتدبير فيه لرعي مواشيهم (ألا ترى) أنه ليس لاحد ان يبني في ذلك الموضع بغير رضاهم فاما ماوراء ذلك فهو من جملة الموات لا حق لاحد فيه فلا يجب فيه شيء وان وجد في سوق المسلمين أو مسجد جماعتهم فهو على بيت المال والمراد سوق العامة والمسجد الجامع لان ذلك لجماعة المسلمين وهم في التدبير في ذلك الموضع والقيام بحفظه سواء وما يجب على جماعة المسلمين يؤدي من بيت مالهم لان مال بيت المال معد لذلك وليس فيه قسامة لان المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في جماعة من المسلمين فأما اذا كان في سوق خاص لاهل صنعة ينسب ذلك السوق اليهم فهو بمنزلة المحلة المنسوبة الى قوم مخصوصين وكذلك ان كان في مسجد محلة فهو على أهل تلك المحلة لانهم أحق الناس بالتدبير فيها من حيث فتح الباب واغلاقه ونصب المؤذن والامام فيه بمنزلة الموجود في محلتهم وان كان في دار رجل خاص يملكها في السوق فعلى عاقلته القسامة والدية لان المالك هو المختص بتدبير ملكه وبالامر بحفظ ملكه لكيلا يقع فيه مثل هذه الحادثة وفي هذا المعنى لافرق بين أن يكون ملكه في السوق أوفي المحلة واذا جرح الرجل في محلة أو أصابه حجر لا يدرى من رماه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى أهل تلك القبيلة القسامة والدية فان كان صحيحا يجيء ويذهب فلا شيء فيه وعلى قول ابن أبي ليلي لا شيء عليهم في الوجهين وهو قول أبي يوسف

الآخر لان القسامة والدية فى القتيل الموجود فى المحلة والجريح غير القتيل ولو جعل موته محالا على تلك الجراحة لما افترق الحال بين ما اذا كان صاحب فراش أو كان يذهب ويجئ بعد تلك الجراحة كما لو كان الجارح معلوما وجه قولنا انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من أول سببه (ألا ترى) أن فى حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته فكذلك فى حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح فى ذلك الموضع فأما اذا كان صحيحا يذهب ويجئ فهو فى حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك فى حكم القسامة والدية وعلى هذا الجريح اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم أو يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذى كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجئ فلا شئ على من حمله وفى قول ابن أبي ليلى لاشئ فى الوجهين واذا وجد القتيل في العسكر والعسكر فى أرض فلاة فهو على القبيلة التي وجد فى رحالهم لانهم سكان فى ذلك الموضع مادا موانازلين وأهل كل قبيلة ينزلون فى موضع لاينازعهم غيرهم فى تدبير ذلك الموضع فكانوا كاهل المحلة والموضع الذى لاملك لاحد فيه المعتبر هو اليد وأهل القبيلة الذين وجد القتيل فى رحالهم هم المختصون باليد فى ذلك الموضع فان كان العسكر فى ملك رجل فعلى عاقلة صاحب الارض القسامة والدية لان المالك هو مختص بالتدبير فى ملكه وولاية حفظ ملكه اليه وقد بينا أن لامعتبر بالسكان مع الملاك وقيل فى قياس قول أبي يوسف رحمه الله ينبغى أن يكون على النازلين فى ذلك الموضع لان عنده السكان كالملاك وان كان العسكر بفلاة من الارض فوجد القتيل فى فسطاط رجل فعليه القسامة وتكون عليه الأيمان وعلى عاقلته الدية لانه مختص بحفظ الفسطاط والتدبير فيه بمنزلة صاحب الدار فى داره ولم يذكر فى الكتاب فى القتيل الموجود في المحلة اذا كان فيها خمسون رجلا أو أكثر وأراد أن يعين واحدا منهم ليكون عليه اليمين خمسين مرة هل له ذلك أم لا وقد روى عن محمد رحمه الله انه ليس له ذلك لان تكرار اليمين على واحد ليس فيه فائدة وانما يصار اليه عند الضرورة ولا ضرورة هاهنا وانما الضرورة فى القتيل الموجود فى دار رجل أو فسطاطه وان وجد القتيل بين قبيلتين من العسكر فعليهما جميعا القسامة والدية اذا كان القتيل اليهما سواء بمنزلة الموجود بين المحلتين اذا كان اليهما سواء وان كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا قسامة فى

القتيل ولا دية لان الظاهر انه قتيل الاعداء عندما التقي الصفان للقتال والظاهر أن الانسان بعد اللقاء انما يقتل من يباديه لا من يوازره وانما كنا نوجب القسامة والدية على أهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر وقد انعدم هاهنا فان كان العسكر مختلطا فوجد في طائفة منهم قتيل فهو على أقرب أهل الاخبية اليه على من فى الخباء جميعا لان تدبير ذلك الموضع اليهم وقد بينا أن القرب معتبر فى حكم القسامة والدية واذا وجد القتيل فى قبيلة فانه لا يقبل فى القسامة النساء والصبيان والمماليك من المكاتبين وغيرهم ومعتق البعض فى قول أبي حنيفة رحمه الله كالمكاتب لان هؤلاء اتباع فى السكنى والظاهر انهم لا يزاحمون أهل القبيلة في التدبير فى قتيلهم ولانهم لا يقومون بحفظها دون الرجال البالغين ثم المعتبر فى القسامة والدية النصرة والنصرة لا تقوم بالنساء والصبيان واذا وجد القتيل فى دار امرأة فى مصر ليس فيه من عشيرتها أحد فان الايمان تتكرر على المرأة حتى تحلف خمسين يمينا ثم تفرض الدية على أقرب القبائل منها وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد الاول ثم رجع أبو يوسف وقال يضم اليها أقرب القبائل منها فيقسمون ويعقلون وجه قوله الآخر ان المرأة فى حكم القسامة كالصبي بدليل ان فى القتيل الموجود فى المحلة لا يدخل النساء والصبيان ثم اذا وجد القتيل فى دار الصبي فالقسامة والدية على عاقلته فكذلك فى دار المرأة وعاقلتها هم أقرب القبائل اليها لانها ليست من أهل النصرة والديوان ووجه قوله الاول ان وجوب القسامة فى القتيل الموجود فى الملك باعتبار الملك والمرأة فى الملك كالرجل (ألا ترى) انها تختص بالتدبير فى ملكها وان الولاية فى حفظ ملكها اليها فكانت كالرجل فى حكم القسامة بخلاف الصبي لانه لا تدبير له فى ملك نفسه ولا يقوم بحفظ ملكه بنفسه ثم للمرأة قول ملزم فى الجناية كالرجل حتى يصح منها الاقرار بالقتل وليس للصبي قول ملزم فى الجناية والقسامة في معنى قول ملزم فيثبت ذلك فى حق المرأة دون الصبي بخلاف القتيل الموجود فى المحلة فالمرأة فى المحلة مثل الصبي من حيث انها لا تقوم بحفظ المحلة والدفع عنها والتدبير فيها ثم ظاهر ما يقول فى الكتاب يدل على انه ليس عليها شئ من الدية وانما الدية على أقرب القبائل منها وهو اختيار الطحاوي فى مباشرة القتل أيضا فانه يقول اذا كان القاتل من جملة العاقلة فعليه جزء من الدية فان كان القاتل غيره فلا شئ عليه من الدية والمرأة تدخل فى جملة العاقلة اذا كان القاتل غيرها ومن أصحابنا من يقول هي لا تدخل فى

جملة العاقلة لان النصرة لاتقوم بها فأما اذا كانت هى المباشرة للقتل فعليها جزء من الدية لان القاتل أحق من العواقل باعتبار مباشرته فانه لما وجب على غير المباشر فعلى المباشر أولى أن يجب جزء منها فكذلك هاهنا وجوب جزء على المالك باعتبار ان التدبير فى ملكه اليه وفى هذا الرجل والمرأة سواء وكذلك ان كانت القرية لرجل من أهل الذمة فانه تكرر عليه الأيمان وعليه الدية لانه فى تدبير ملكه كالمسلم ولوكان الذمى نازلا فى قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيلا لم يدخل الذمى فى القسامة ولا فى الغرامة لان أهل الذمة لا يزاحمون المسلمين فى التدبير فى القبيلة والمحلة ولكنهم أتباع بمنزلة السكان مع الملاك أو بمنزلة النساء مع الرجال واذا كانت مدينة ليس فيها قبائل معروفة وجد فى بعضها قتيل فعلى أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم القسامة والدية لانهم مختصون بتدبير المحلة والظاهر أن تناصرهم بالمجاورة هاهنا لما لم تجمعهم قبيلة معروفة ولا ديوان والمعتبر هو معنى النصرة فلهذا ألزمناهم الدية والقسامة واذا أبى الذين وجد فيهم القتيل أن يقسموا حبسوا حتى يقسموا لان القسامة عليهم باعتبار تهمة القتيل وقد ازدادت بنكولهم والأيمان مقصودة هاهنا فيحبسون لايفائها واذا وجد القتيل فى دار عبد مأذون له فى التجارة فالقسامة والدية على عاقلة المولى أما اذا لم يكن على العبد دين فالدار مملوكة للمولى وان كان عليه دين فالعبد انما يقوم بالتدبير فى هذه الدار باستدامة المولى الاذن له فى التجارة والمولى أخص بهذه الدار من الغرماء فان له أن يقضى دينهم من مواضع أخر ويستخلص الدار منهم لنفسه وهذا مستحسن قد بيناه فى المأذون ولو وجد فى دار المكاتب فعليه الاقل من قيمته ومن دية القتيل بمنزلة مالو باشر القتل بيده وهذا لان المكاتب فى حكم الجناية كالحر من حيث ان له فيه قولا ملزما بخلاف المأذون فانه ليس له قول ملزم فى الجناية حتى لو أقر على نفسه بالجناية خطأ لم يعتبر اقراره وللمولى عليه قول ملزم فى ذلك فيجعل القتيل الموجود فى داره كالموجود فى دار المولى ولو وجد القتيل فى قرية ليتامى صغار وليس فى تلك البلاد من عشيرتهم أحد فليس على اليتامى قسامة ولا دية ولكن على عاقلتهم الدية والقسامة بمنزلة مالو باشروا القتل بأيديهم فان كان أحدهم مدركا فعليه القسامة تكرر عليه اليمين لان له قولا ملزما فى الجناية ثم على أقرب القبائل منهم الدية فى الوجهين جميعا لانهم عاقلة اليتامى فان اليتامى ليسوا من أهل الديوان والتناصر بهم دون غيرهم فى ذلك كحال النساء والله الموفق للصواب

باب القصاص

(قال رحمه الله) بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بالسيف وهذا تنصيص على نفي وجوب القود واستيفاء القود بغير السيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم من هذا اللفظ حتى قال علي رضي الله عنه العمد السلاح وقال أصحاب ابن مسعود رضي الله عنه لا قود الا بالسلاح وانما كني بالسيف عن السلاح لان المعد للقتال على الخصوص بين الاسلحة هو السيف فانه لا يراد به شيء آخر سوى القتال وقد يراد بسائر الاسلحة منفعة أخرى سوى القتال وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام بعثت بالسيف بين يدى الساعة يعني السلاح الذى هو آلة القتال فيكون دليلا لابي حنيفة رحمه الله ان القود لا يجب الا بالسلاح حتى اذا قتل انسانا بحجر كبير أو خشبة عظيمة لم يلزمه القصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يلزمه القصاص لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل والمراد بالسلطان استيفاء القود بدليل انه عقبه بالنهي عن الاسراف في القتل فالتقييد بكون الآلة جارحة زيادة على النص وفي الحديث ان يهوديا رضخ رأس جارية على أوضاح فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يرضخ رأسه بين حجرين والمعنى فيه انه عمد محض لانه قصد قتله بما لا يقصد به الا القتل ولا يعرف محض العمد الا بهذا والآلة الجارحة اذا حصل القتل بها كان عمدا لان ذلك فعل مزهق للروح وما لا تلبث ولا تطيق النفس احتماله في كونه مزهقا للروح أبلغ من الفعل الجارح لان هذا مزهق للروح بنفسه والفعل الجارح مزهق للروح بواسطة الجراحة والجرح وسيلة يتوسل بها الى ازهاق الروح وما يكون عاملا بنفسه يكون أبلغ مما يكون عاملا بواسطة وكذلك من حيث العرف في قصد الناس الى قتل أعدائهم بالقاء الاسطوانة أو رفع حجر الرحى عليهم يكون أبلغ من القصد الى ذلك بالجرح في بعض الاعضاء فاذا جعل ذلك موجبا للقصاص فهذا أولى ولابي حنيفة رحمه الله ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل شيء خطأ الا السيف وفي كل خطأ الدية وفي حديث الحجاج ابن ارطاة ان رجلا قتل رجلا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحجارة فقضى عليه بالدية والمعنى فيه ان هذه الآلة لا تجرح ولا تقطع فالقتل بها لا يكون موجبا للقصاص كالقتل بالعصا الصغيرة وتحقيقه من وجهين أحدهما ان وجوب القصاص يختص بقتل هو عمد

محض وصفة التمحض أن يباشر القتل بآلته في محله وآلة القتل هي الآلة الجارحة لان الجرح يعمل فى نقض البنية ظاهرا وباطنا وما سواها يدق بنقض البنية باطنا لا ظاهرا وقوام البنية بالظاهر والباطن جميعا فالقتل الذى هو نقض البنية اذا كان مما يعمل فى الظاهر والباطن يكون قتلا من كل وجه وان كان مما يعمل فى الباطن دون الظاهر يكون قتلا من وجه دون وجه والثابت من وجه دون وجه يكون قاصرا فى نفسه فيصلح أن يجب به ماثبت مع الشبهات ولا يصلح أن يجب بمايندرئ بالشبهات وما ادعوا من أن الجرح وسيلة يتوسل به الى ازهاق الروح غلط فان ازهاق الروح بنقض البنية وكمال الجناية مما ينقض البنية من كل وجه ونقض البنية بجرح فى الروح لا يتأتى لانه لا يحس ويفعل فى الجسم ما لا يكون كاملا فانما الكامل منه ما يكون بفعل فى النفس التى بها قوام الآدمى وذلك الفعل الجارح المؤثر فى تسييل والدليل عليه حكم الذكاة فان الحل بالذكاة انما يحصل بفعل جارح مسيل للدم بهذا المعنى ولا يحصل بما يعمل فى الجسم فلا يكون ناقضا للبنية ظاهرا وهو الفعل الذى يدق ولا فرق بينهما لان الحل مبنى على الاحتياط فلا يثبت عند تمكن الشبهة كالقود ويخرج عليه النار فانها تعمل فى الظاهر والباطن جميعا وقيل فى الذكاة أيضا اذا قرب النار من مذبح الشاة حتى انقطع بها الاوداج وسال الدم تحل وان لم يسل لا تحل لان ماهو المقصود بالذكاة وهو تمييز الطاهر من النجس لم يحصل والوجه الاخير ان آلة القتل الحديد قال الله تعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد والمراد القتل وكذلك خزائن اسلحة الملوك تكون من الحديد فاما الخشب والاحجار فمعدة للابنية والحديد هو المستعمل فى القتل وانما ينصب المنجنيق لتخريب الابنية (ألا ترى) ان الحديد اذا حصل القتل به وجب القصاص صغيرا كان أو كبيرا حتى انه لو غرزه بمسلة أو ابرة فى مقتله يلزمه القصاص وماسوى الحديد الصغير منه لا يوجب القصاص وان تحقق به القتل والفعل لا يتم الا بآلته فبقصور فى الآلة تتمكن شبهة النقصان في الفعل وذلك يمنع وجوب القصاص فعلى هذا الطريق يقول القتل بمثقل الحديد يوجب القصاص نحو ما اذا ضربه بعمود حديد أو بصنجة الميزان لان الحديد في كونه آلة القتل منصوص عليه وفى المنصوص عليه يعتبر عين النص فاما فى غير المنصوص عليه فالحكم يتعلق بالمعنى فيعتبر كونه محددا نحو سن العصا والمروة وليطة القصب ونحو ذلك وعلى الطريق الاول يقول لا يجب القصاص الا بما هو محدد والحديد وغيره فيه سواء وهو رواية الطحاوى

فى كتاب الشروط وتأويل الحديث انه أمر بذلك على طريق السياسة لكونه ساعيا فى الارض بالفساد معروفا بذلك الفعل بيانه فيما روى انهم أدركوها وبها رمق فقيل لها أقتلك فلان فأشارت برأسها لاحتى ذكروا اليهودى فأشارت برأسها أن نعم وانما يعد فى مثل تلك الحالة من يكون منهما بمثل ذلك الفعل معروفا به وعندنا اذا كان بهذه الصفة فللامام أن يقتله بطريق السياسة فأما الدم العصا الصغيرة اذا والى بها فى الضربات حتى مات لم يلزمه القصاص عندنا وعلى قول الشافعى رضى الله عنه يجب عليه القصاص وكذلك الخلاف فيما اذا ضربه جماعة كل واحد منهم بسوط أو عصاوهو يقول القصد بالعصا الصغيرة عند الموالاة القتل فيكون الفعل بها عمدا محضا بمنزلة القتل بالسيف بخلاف العصا الصغيرة اذا ضربه بها مرة أو مرتين لان القصد هناك التأديب والغالب معه السلامة ولا يكون القتل بها الا نادرا فيكون فى معنى الخطأ فأما مع الموالاة فالقصد منه القتل (ألا ترى) ان التهديد بالضرب بالسوط مع الموالاة كالتهديد فالقتل فى حكم الاكراه بخلاف التهديد بضرب سوط واحد ويستوى فى ذلك حصول الضربات من واحد أو من جماعة لان شرط القتل كون النفس معمودة لا التيقن بكون فعل كل واحد منهم مزهقا للروح لان ذلك لا طريق الى معرفته والدليل على الفرق بين الضربة والضربات أن شرب القليل من المثلث لا يكون موجبا للحد فان استكثر منه حتى سكر لزمه الحد باعتبار ان القليل منه ممرئ للطعام والكثير مسكر واذا حصل السكر بالكثير منه لا يميز بعض الفعل عن البعض بل يجعل الكل كفعل واحد حتى يتعلق به ماينذرئ بالشبهات وهو الحد فهذا مثله وأصحابنا رحمهم الله استدلوا بحديث النعمان ابن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل فيكون نصبا على التفسير وبالرفع قتيل السوط والعصا فيكون خبرا للابتداء وفى كليهما بيان أن قتيل السوط والعصا يكون قتيل خطأ العمد وان الواجب فيه الدية والمعنى فيه ان القتل حصل بمجموع أفعال لو حصل بكل واحد منها على الانفراد لا يتعلق به القصاص فكذلك اذا حصل بمجموعها كما لو جرح رجلا جراحات خطأ أو اشترك جماعة فى قتل رجل خطأ وهذا لان كل واحد من هذه الافعال غير موجب للقصاص اذا انفرد فانضمام ماليس بموجب الى ماليس بموجب كيف يكون واجبا لما يندرئ بالشبهات ولو انضم ماهو موجب الى ما ليس بموجب كالخاطئ مع العامد لا يجب القصاص فاذا انضم ما هو موجب

الى ما ليس بموجب أولى بخلاف الاقداح فهناك لو حصل السكر بالقدح الاول يجب الحد وانما لم يجب الحد اذا لم يسكر به لانعدام السبب الموجب وهنا لو حصل القتل بالضربة الاولى لا يجب القصاص فعرفنا ان هذا الفعل فى نفسه غير موجب فلا يدخل على هذا شهادة الشاهدين بالقتل العمد فانها توجب القصاص وكل واحد منهما بانفراده لا يوجب لان شهادة الشاهدين حجة واحدة وشهادة كل واحد منهما شطر الحجة وشطر الحجة لا يثبت به شيء من الحكم فأما هاهنا فكل فعل صالح لكونه علة تامة وهو على أصله أظهر فان عنده لو حصل من كل واحد من الجماعة ضربة واحدة يجب عليهم القصاص وما لم تتكامل العلة فى حق كل واحد منهم لا يلزمه القصاص وقوله بان الضربة الواحدة يقصد بها التأديب قلنا حقيقة القصد لا يمكن الوقوف عليها وانما يبنى الحكم على السبب الظاهر (ألا ترى) ان قطع اليد لا يقصد به القتل أيضا ولهذا كان مشروعا فى موضع [illegible] وكذلك الجرح [illegible] مشروع على قصد الاستشفاء كالفصد والحجامة ومع ذلك اذا [illegible] لان حقيقة القصد يتعذر الوقوف عليها فيعتبر السبب الظاهر فكذلك ههنا كان ينبغى ان يجب القصاص اذا حصل القتل بالضربة والضربتين بالسوط وحيث لم يجب بان ان كل فعل من هذه الافعال بانفراده غير موجب وحقيقة [illegible] فى [illegible] الاستدلال بهذا

المساواة لما فيه من اعتبار المساواة في الفعل والمقصود بالفعل يجب اعتباره الا اذا تعذر وتعذره أن يكون صورة الفعل بخلاف المشروع بأن يكون حراما أو ان لا يحصل القتل به فحينئذ يجعل مايكون متمما له فيما هو المقصود ويكون الثاني متمما للاول (ألا ترى) أن من قطع يد انسان خطأ ثم قتله لم يلزمه الادية واحدة وجعل الفعل الثاني تتمما للاول * وحجتنا في ذلك ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام لاقود الا بالسيف وهو تنصيص على نفي استيفاء القود بغير السيف والمعنى فيه انه قتل مستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لانه انما يستوفى المستحق بالطريق الذي يتيقن انه طريق له وحز الرقبة يتيقن بأنه طريق استيفاء القتل فاما قطع اليد فلا يكون طريقا لذلك الا بشرط وهو السراية وذلك لضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة ولا يعرف ذلك عند القتل وما يتعلق بالشرط لايكون ثابتا قبل الشرط فقبل السراية هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعا فضلا عن أن يكون مستحقا وصورة الفعل غير مقصودة وانما المقصود ازهاق الروح عرفا لمعنى الانتقام واستحقاق القتل شرعا فيجب مراعاة ذلك المقصود ولا يقال لا يقمع الناس في الابتداء من أن يكون هذا الفعل مؤثرا في تحصيل المقصود مالم يبرأ منه لانه وان كان لايقمع الناس عن ذلك فانه يؤدي الى تأخير تحصيل المقصود وكما لايجوز ابطال مقصود صاحب الحق لايجوز تأخيره ثم هذا اعتبار معادلة توقعنا في الظلم في الانتهاء لانه اذا تراخت يده تحز رقبته والفعل الثاني بعد البرء لا يكون اتماما للاول بدليل الخطأ فيؤدي الى الزيادة على ما كان منه والى المثلة وذلك حرام فان قيل بأي طريق تسقط حرمة ذبح القاتل ولم يوجد منه فعل في مذبح المقتول قلنا بالطريق الذي يسقط عندكم حرمة مذبحه اذا تراخت يده وهو استحقاق القتل عليه وذلك موجود قبل قطع اليد وتأويل الحديث مابينا والذي روى انه قضى بالقصاص شاذ لا يعتمد عليه أو قاله الراوي بناء على ماوقع عنده انه كان بطريق القصاص وفي الحقيقة انما كان ذلك بطريق السياسة و ن اجتمع رهط على قتل رجل بالسلاح فعليهم فيه القصاص بلغنا عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك وهو استحسان والقياس ان لا يلزمهم القصاص وقد ذكر في كتاب الاقرار لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المتعدي ولما في النقصان من البخس بحق المتعدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد وهذا شئ يعلم ببداهة العقول فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد

وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفى مقابلة النفوس بنفس واحدة ولكنا تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ولأن شرع القصاص لحكمة الحياة وذلك بطريق الزجر كما قررنا ومعلوم أن القتل بغير حق فى العادة لا يكون الا بالتغالب والاجتماع لأن الواحد يقاوم الواحد فلو لم نوجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد لأدى الى سد باب القصاص وابطال الحكمة التى وقعت الاشارة اليها بالنص يوضحه أنه لا مقصود فى القتل سوى التشفى والانتقام وذلك حاصل لكل قاتل بكماله كأنه ليس معه غيره وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله الواحد اذا قتل جماعة فانه يقتل بهم جميعا على سبيل الكفاءة وقال الشافعى رضى الله عنه ان قتلهم على التعاقب يقتل بأولهم ويقضي بالديات لمن بعد الاول فى تركته وان قتلهم معا يقرع بينهم ويقضي بالقود لمن خرجت قرعته وبالدية للباقين واستدل بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فقد جعل الله تعالى النفس بمقابلة النفس قصاصا فلا يجوز أن يجعل النفس بمقابلة النفوس قصاصا بالرأى ولأنا قد بينا أنه لا مساواة بينهما الا أنا أوجبنا القصاص على العشرة بقتل الواحد لرد علية القتل بغير حق وهذا لا يوجد فى القتل قصاصا لأن ذلك يكون بقوة السلطان فلا تقع الحاجة فيه الى التعاون والتغالب ولأن فى ايجاب القصاص هناك تحقيق معنى الزجر وذلك لا يوجد هنا فانه بعد ما قتل الواحد اذا علم أنه وان قتل جميع أعدائه لا يلزمه القصاص أخذ يتجاسر على قتل الاعداء واذا علم أنه يستوفى الديات من تركته يتحرز من ذلك لابقاء الغناء لورثته فكان معنى الزجر فيما قلنا وحقيقة المعنى فى الفرق أن العشرة اذا قتلوا واحدا فكل واحد منهم قاتل فيجب عليه القصاص بقدر ما [illegible] الا أنه لا يمكن استيفاء ذلك منه الا باسقاط ما بقي من حرمة نفسه فيسقط ذلك لضرورة الحاجة الى استيفاء القصاص كما اذا غصب ساحة وبنى عليها سقط حرمة بنائه لوجوب رد الساحة وكذلك [illegible] فى [illegible] [illegible] [illegible] قد استحق على [illegible] نفسا كاملة وليس فى نفسه وفاء [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] رجح قوله بالسبق فمن حقه ثبت فى محل فارغ و [illegible] [illegible] رجح [illegible] [illegible] هو فى نظائره والدليل على أن كل واحد من القاتلين يستوفى جزءا [illegible] [illegible] يجب على كل واحد منهم جزء من الدية وأنه لو كان بعض القاتلين مخطئا [illegible] [illegible] على واحد منهم بخلاف

ما اذا قتل جماعة بعضهم عمدا وبعضهم خطأ فانه يلزمه القصاص لمن قتله عمدا وان كان واحدا وحجتنا فى ذلك أن العشرة اذا قتلوا واحدا يقتلون به وكانوا مثلا له جزاء لدمه فكذلك اذا قتل واحدا يقتل بهم ويكون مثلا لهم لان المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون أحد الشيئين مثلا للآخر أن يكون الآخر مثلا له كاسم الاخ فان من ضرورة كون أحد الشخصين أخا للآخر أن يكون الآخر أخا له فلا يجوز أن يقال يلزمهم القصاص لرد غلة القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة فان الزيادة فى القدر أبلغ من الزيادة فى الوصف واذا كان لا يقتل المسلم بالمستأمن وعلى قوله بالذمى والحر بالعبد لانعدام المماثلة مع الحاجة الى رد القتل عليه بغير حق فلأن لا يقتل العشرة بالواحد أولى وكذلك فى كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يوجب القصاص والحاجة [illegible] جناية [illegible] بغير حق يتحقق هنا ومع ذلك يوهم الزيادة يمنع القصاص فحيث الزيادة [illegible] ولى معرفة أنه اذا قتل العشرة بالواحد بطريق [illegible] لا يحتمل [illegible] منهم لو حاف أن [illegible] كمال الشرط وفى الخطأ يجب على كل واحد منهم الكفارة [illegible] الدية بمقابلة المحل فلصيانته عن الاهدار لا أن يكون ذلك جزاء الفعل [illegible] واحد فلا يجب بمقابلته الا دية واحدة والدليل عليه أن القتل يخرج [illegible] لان الروح لا يمكن أخذه حسا فطريق أثرها فيه [illegible] على يضاف جميعه الى كل [illegible] منهم قاتلا على سبيل الكمال [illegible] كل واحد منهم وفى هذا المعنى القتل [illegible] جمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم [illegible] والانتقام لا فرق بين [illegible] لكل واحد من العبدين [illegible] الى [illegible] وبه فارق النكاح [illegible] كل واحد منهم على هذه المرأة [illegible] كل واحد منهم

ثم هناك لما لم يحتمل التجزى فى المحل انعدم أصلا عند الاشتراك وهاهنا لم ينعدم القتل فعرفنا أنه تكامل فى حق كل واحد منهم وما قال بان الواجب علي كل منهم عشر القتيل كلام غير معقول لان القصاص فى نفس واحدة كما لا يحتمل التجزى استيفاء لا يحتمل التجزى وجوبا فلا يجوز أن يستحق بعض نفسه قصاصا وكيف يستقيم هذا ولو عفى أحد الاولياء حتي حي جزء من المقتول سقط القصاص كله فاذا كان القصاص الواجب يسقط اذا لم يبق مستحقا فى بعض النفس بعد العفو فلان لا يجب ابتداء فى بعض النفس دون البعض أولي وتبين بهذا التحقيق أنه لا طريق سوى ماقلنا ان العشرة اذا قتلوا واحدا فكل واحد منهم قاتل له على الكمال وكذلك الاولياء اذا اجتمعوا واستوفوا القصاص كان كل واحد منهم قاتلا له على الكمال مقدار حقه ليحيوه بدفع شر قاتل أبيه عن نفسه وكأن ليس معه غيره فلا حاجة الى القضاء بالدية ولا الى الترجيح بالسبق أو الى القرعة قال واذا قتل الحر المملوك عمدا فعليه القصاص عندنا وقال الشافعى لا قصاص عليه لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومقابلة الحر بالحر يقتضى نفى مقابلة الحر بالعبد وهذا علي وجه التفسير للقصاص المذكور في قوله تعالي كتب عليكم القصاص فى القتلى فيكون بيان أن المساواة التى هى معتبرة انما تكون عند مقابلة الحر بالحر لا عند مقابلة الحر بالعبد وعن ابن عمرو ابن الزبير رضى الله تعالى عنهم قالا السنة أن لا يقتل لعبد بالحر والمعنى فيه أن هذا أحد نوعى القصاص فلا يجب علي الحر بسبب المملوك كالقصاص فى الاطراف بل أولي لان حرمة الطرف دون حرمة النفس فالاطراف تابعة للنفس واذا كان طرف الحر لا تقطع بطرف العبد مع خفة حرمة الطرف فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس كان ذلك أولى وتأثيره أن القصاص ينبنى على المساواة ولا مساواة بين الاحرار والعبيد فان العبد مملوك مالا والحر مالك والمالكية فى نهاية من العز والكمال والمملوكية فى نهاية من الذل والنقصان والدليل عليه أن المملوك قائم من وجه هالك من وجه فان الحرية حياة والرق تلف ولهذا كان العتق منسوبا بالولاء الي المعتق لانه احياه بالاعتاق حكما ولا مساواة بين القائم من كل وجه وبين القائم من وجه والهالك من وجه والدليل عليه أن التفاوت ظاهر بينهما فى بدل النفس وهو المال وبه تبين أن للرق أثرا فى النفسية ولهذا المعنى لا يجب القصاص على المولى بقتل عبده ولو لم يؤثر الرق فى النفسية لكان المولى كالاجنبي فى قتل العبد فيلزمه القصاص ولان المقتول كان بعرض أن يصير من خول القاتل

بأن يشتريه فيمنع ذلك القصاص المساواة بينهما فى حكم القصاص كالمسلم مع المستأمن * وحجتنا فى ذلك قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى فهذا يقتضي وجوب القصاص بسبب كل قتل الا ما قام عليه الدليل فأما قوله الحر بالحر فهو ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه فلا يجب تخصيص ما بقي (الا ترى) أنه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وفى مقابلة الانثى بالانثى دليل على وجوب القصاص على الحرة بقتل الامة وفائدة هذه المقابلة ما نقل عن ابن عباس رضي الله عنه قال كانت المقابلة بين بني النضير وبين بني قريظة وكانت بنو النضير أشرف وكانوا يعدون بني قريظة على النصف منهم فتواضعوا على أن العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فأنزل الله هذه الآية ردا عليهم وبيانا أن الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين جميعا وعن علي بن أبي طالب قال يقتل الحر بالعبد وما روى عن ابن عمر وابن الزبير محمول على السيد اذا قتل عبده فقد كانوا مختلفين فى ذلك فنهم من كان يوجب القصاص ويستدل بقوله عليه السلام من قتل عبده قتلناه فانما قال ذلك ردا على من يقول منهم لا يقتل السيد بعبده والمعنى فيه أن دم العمد مضمون بالقصاص فيستوى أن يكون قاتله حرا أو عبدا كدم الحر وبيان الوصف أن العبد اذا قتل عبدا يلزمه القصاص والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فيستدعى وجوبها انتفاء الشبهة المبيحة عن الدم وبعد انتفاء الشبهة الحر والعبد فيه سواء وسنقرر هذا الكلام فى مسئلة قتل المسلم الذمى والذي يختص بهذه المسئلة حرفان أحدهما أن وجوب القصاص يعتمد المساواة فى الذمى وقد تحقق ذلك فالرق والمملوكية لا يؤثر فى الدم لان الرق انما يؤثر فيما يتصور ورود القهر عليه وذلك أجزاء الجسم فأما الحياة فلا تدخل تحت القهر والدليل عليه أن العبد فيه يبقي على أصل الحرية حتى لا يملك المولي التصرف فيه اقرارا عليه به ولا استيفاء منه الا أن المولي اذا قتله لا يلزمه القصاص لانعدام المستوفى لانه لو كان القاتل غيره كان هو المستوفى بولاية الملك والقتل لا يحرمه ذلك ولا يكون هو مستوفيا العقوبة من نفسه ونقصان بدل الدم كنقصان صفة المملوكية فى محله لا فى غيره كنقصان بدل الدم بسبب الانوثة انما يكون للمملوكية في محله فأما الحياة فلا تحلها الانوثة والثاني أن وجوب القصاص يعتمد المساواة فى الاحراز والاحراز انما يكون بالدار أو بالدين والمملوك فى ذلك مساو للحر والحكمة فى شرع القصاص الحياة

وفي ذلك المعنى الحر والمملوك سواء وليست النفوس قياس الاطراف لان وجوب القصاص هنالك يعتمد المساواة في الجزء المبان ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والرق ثابت في اجزاء الجسم فتنعدم بسببه المساواة بينهما في الاطراف مع ان طرف العبد في حكم المال عندنا ولهذا لا يكون مضمونا بالقصاص على أحد عبدا كان أو حرا بخلاف النفس فالمعتبر فيه المساواة في الحياة ولهذا لا تقتل النفس الصحيحة بالنفس الزمنة وقد تحققت المساواة هاهنا وعلى هذا لو قتل رجل صبيا فعليه القصاص لوجود المساواة بينهما في الحياة وكذلك لو قتل رجل امرأة وروى عن علي رضي الله عنه يتخير أولياؤها بين أن يستوفوا ديتها وبين أن يعطوا القاتل نصف ديته ثم يقتلونه قصاصا وهذا بعيد لا يصح عن علي رضي الله عنه وقد كان أفقه من أن يقول القصاص لم يكن واجبا ثم يجب باعطاء المال وعلى هذا لو قتل العبد الحر عمدا والمرأة الرجل فعليهما القصاص لوجود المساواة بينهما في الحياة والشافعي لا يخالفنا في هذا فانه يرى استيفاء الا نقص بالاكمل قصاصا وانما يأبى استيفاء الاكمل بالانقص فاذا تبين هذا في حالة الانفراد فكذلك عند الاشتراك حتى اذا اشترك جماعة من الرجال في قتل حرة أو أمة فعليهم القصاص كما لو اشتركوا في قتل رجل حر وكذلك لو قتل المسلم الذمى عمدا فعليه القصاص عندنا وعند الشافعي لا قصاص عليه وأما الذمى اذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل فعليه القصاص بالاتفاق ويحكى أن أبا يوسف رحمه الله قضى بالقصاص على هاشمي بقتل ذمى فجعل أولياء القاتل يؤذونه بألسنتهم ويقولون ياجائر ياقاتل مؤمن بكافر فشكاهم الى الخليفة فقال ارفق بهم فلما علم مراد الخليفة خرج وأمر باعادتهم اليه ثم قال لاولياء القتيل هاتوا بينة من المسلمين ان صاحبكم كان يؤدى الجزية طوعا فان هؤلاء يدعون أنه كان ممتنعا من اداء الجزية فلهذا قتله ولا تقبل عليهم الا بينة من المسلمين فعجزوا عن ذلك فدرأ القود به ودخل على الخليفة فاخبره بذلك فضحك وقال من يقاومكم يا أصحاب أبي حنيفة واستدل الشافعي بقوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون فالقصاص يبنى على المساواة وبعد ما انتفت المساواة بينهما بالنصوص الظاهرة لا يجب عليه القصاص وقال عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم فهذا دليل على ان دماء غيرهم لا يكافئ دماءهم ثم قال في آخر الحديث لا يقتل مؤمن بكافر وبالاجماع ليس المراد نفى الاستيفاء فعرفنا ان المراد نفى الوجوب والمعنى فيه ان المقتول منقوص بنقص الكفر فلا يجب القصاص على المسلم بقتله كالمستأمن وهذا لان الكفر من أعظم النقائص فالكافر كالميت من

وجه قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه أى كافرا فرزقناه الهدى فلا مساواة بين من هو ميت من وجه وبين من هو حي من كل وجه بخلاف الذمى اذا قتل ذميا فقد وجدت المساواة هناك فوجب القصاص ثم الاسلام بعد ذلك زيادة حصلت على حق الاولياء فلا يمنعهم من الاستيفاء كالمستأمن اذا قتل مستأمنا يلزمه القصاص منصوص عليه فى السير الكبير فى النفس والطرف جميعا ثم لو أسلم القاتل بعد ذلك لا يسقط عنه القصاص ولان الكفر مهدر للدم مؤثر فى الاباحة فاذا وجد ولم يبح يصير شبهة كالملك فانه مبيح فاذا وجد فى الاخت من الرضاعة ولم يبح فيصير شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات والدليل على ان الكفر مهدر للدم ان من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والذرارى اذا قتلهم انسان لا يغرم شيأ لوجود المهدر وما ذلك الا الكفر والدليل عليه انا أمرنا بقتل الكفار لكفرهم قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة يعنى فتنة الكفر وقال عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وهذا الكفر قائم بعد عقد الذمة الا أنه غير عامل فى اباحة الدم بمعنى الدعاء الى الدين باحسن الوجوه على ما أشار الله تعالى اليه فى قوله تعالى فأجره حتى يسمع كلام الله فبقى باعتباره شبهة ينتفى بها المساواة بينه وبين المسلم بمنزلة طهارة المستحاضة مع طهارة الاصحاء فان سيلان الدم الذى هو ناقض للطهارة موجود مع طهارة المستحاضة ولكنه غير عامل فى الوقت ومع هذا لا تكون طهارتها طهارة الاصحاء حتى لا تصلح لامامة الاصحاء وهذا بخلاف المال فانه يجب القطع بسرقة مال الذمى لان المبيح وهو الكفر ليس فى المال وانما هو فى النفس فهو نظير حقيقة الاباحة بسبب القضاء بالرجم فانه لا يكون مؤثرا فى المال حتى يجب القطع بسرقة ماله ولا يجب القصاص على أحد بقتله ولهذا أوجب القطع بسرقة مال المستأمن أيضا * يوضحه أن القطع فى السرقة خالص حق الله تعالى فوجوبه يعتمد الجناية على حق الله تعالى دون المساواة ومعنى الجناية يتحقق فى سرقة مال الذمى والمستأمن بثبوت الامن لهما حقا لله تعالى فما كان القطع الا نظير الكفارة والكفارة تجب بقتل الذمى والمستأمن كما تجب بقتل المسلم * وحجتنا فى ذلك ماروى أن النبي عليه الصلاة والسلام أقاد مسلما بذمي وقال أنا أحق من وفى بذمته وهذا التعليل تنصيص على وجوب القود على المسلم بقتل الذمى واستيفاء القود منه وفى بعض لروايات أن رجلا مسلما قتل ذميا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص وقال أنا أحق من وفى بذمته وعن عمر رضي الله عنه أنه أمر بقتل رجل مسلم برجل من أهل الحيرة

ذمي ثم بلغه انه فارس من فرسان العرب فكتب فيه ان لا يقتل يعني يسترضوا الاولياء فيصالحوا على الدية وان عبيد الله بن عمر لما قتل هرمزان بتهمة دم أبيه استقر الامر على عثمان فطلب منه علي رضي الله عنه أن يقتص من عبد الله وكان يدافع في ذلك أياما ثم قال هذا رجل قتل أبوه بالامس فأنا أستحي أن أقتله اليوم وان هرمزان رجل من أهل الارض أنا وليه أعفو عنه وأؤدي الدية فهذا اتفاق منهما على وجوب القصاص وقضى علي رضي الله عنه بالقصاص على مسلم بقتل ذمي ثم رأى الولي بعد ذلك فقال ماذا صنعت قال اني رأيت أن أقتل أباه لا يرد أخي وقد أعطوني المال فقال فلعلهم خوفوك فقال لا فقال علي رضي الله عنه انما أعطيناهم الدية وتبذلون الجزية لتكون دماؤكم كدمائنا وأموالكم كاموالنا والمعنى فيه ان دم

خلف عن الاسلام فى معنى الحقن والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وهذا الحقن والتقوم انما يثبت بالاحراز والاحراز يكون بالدار لا بالدين لان الاحراز بالدين انما يكون فى حق من يعتقده فأما الاحراز بقوة أهل الدار فيكون فى حق الكل والذمى فى الاحراز مساو للمسلم لانه من أهل دارنا حقيقة وحكما والدليل عليه أن الاحراز يؤثر فى المال والنفس جميعا ثم في المال احراز الذمى كاحراز المسلم حتي يجب القطع بسرقة مال الذمى وحد السرقة أقرب الى السقوط عند تمكن الشبهة من القصاص ولا يدخل عليه المقضى عليه بالرجم لانا لا نقول يباح قتله لنقصان فى احراز كل جزء على جريمته فأما الاحراز فقائم فى المال والنفس جميعا وهاهنا ان سلم لنا ان الاحراز فى حق المسلم والذمى سواء يتضح الكلام فانه لا يمكنه أن يدعى بعد ذلك بقاء الشبهة بسبب اصراره علي الكفر لان المبيح كان هو القتال دون الكفر كما قال الله تعالي فان قاتلوكم فاقتلوهم ولما رأى رسول الله صلي الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت والقتال ينعدم بالاحراز فى حق الذمى أصلا كما ينعدم فى حق المسلم وقد قررنا هذا فى السير واذا ثبت انتفاء الشبهة والمساواة فى الاحراز ثبتت المساواة بينهما فى حكم القصاص فلا يجوز أن تكون فضيلة الاسلام فى القاتل مانعا لان طريان هذه الفضيلة لا تمنع الاستيفاء فلو كان اقترانها بالسبب يمنع الوجوب لكان طريانها يمنع الاستيفاء كفضيلة الابوة وفضيلة الاسلام فى المنكوحة فانه لما كان يمنع ابتداء النكاح عليها للكافر يمنع الوطء اذا طرأ بعد النكاح فاما المسلم اذا قتل مستأمنا فلا قصاص عليه على طريق الاستحسان لانعدام المساواة فى الاحراز فالمستأمن غير محرز نفسه بدار الاسلام على التأبيد ولهذا لا يوجب القطع بسرقة ماله لبقاء الشبهة المبيحة وهى المحاربة فانه ممكن من أن يرجع الى دار الحرب فيعود حربا للمسلمين وبهذا الطريق نقول لا يقتل الذمى بالمستأمن أيضا خلافا للشافعى لان الذمى محرز نفسه بدارنا علي التأبيد فلا تتحقق المساواة بينه وبين المستأمن فأما الآيات فى نفى المساواة بين الكفار والمؤمنين فالمراد بها فى أحكام الآخرة وذلك مبين فى آخر كل آية وأما قوله عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم فمن أصلنا أن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل علي نفى ما عداه فلا يكون هذا بيان أن دماء غير المسلمين لا تكافئ دماء المسلمين وأما قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر فهو غير مجري على ظاهره بالاتفاق لان القاتل اذا أسلم يقتل قصاصا وفيه قتل مؤمن بكافر ثم المراد به الحربى يعنى من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان فانه لا يقتل

المؤمنون بهم بدليل قوله ولا ذو عهد فى عهده أي ولا يقتل ذو العهد بالكافر وانما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربى فان قيل هذا ابتداء أى لا يقتل ذو العهد فى مدة عهده قلنا ابتداء الواو وحقيقةُ للعطف خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه فان قيل قد روى ولا بذي عهد فيفهم منه أن المؤمن لا يقتل بذى العهدة قلنا ان ثبتت هذه الرواية فهى محمولة على المستأمن وبه نقول ان المسلم لا يقتل بالمستأمن وكذلك لو اجتمع نفر من المسلمين على قتل ذمى قتلوا به لانهم فى حكم القصاص كالمسلمين وكل قطع من مفصل ففيه القصاص فى ذلك الموضع لان المعتبر فى القصاص المساواة وفى القطع من المفاصل يمكن اعتبار المساواة فيجب القصاص فأما كل قطع لا يكون من مفصل بل يكون بكسر العظم فانه لا يجب القصاص فيه عندنا وفي أحد قولى الشافعى يجب القصاص لان القصاص مشروع لمعنى الزجر والجناية بغير حق فى الغالب انما تكون بهذه الصفة وقل ما يكون من المفصل فلو قلنا لا يجب القصاص فى ذلك أدى الى ابطال الحكمة ولكنا نستدل بقوله عليه السلام لا قصاص فى العظم ولانه لا تتأتى مراعاة المساواة فى العظام لانه لا ينكسر فى الموضع الذى برئ كسره وبدون اعتبار المساواة لا يجب القصاص ما خلا السن فالقصاص يجب فيه وقد بيناه ولا تقطع اليسار باليمين ولا اليمين باليسار ولا اليد بالرجل ولا الابهام بغيرها من الاصابع ولا أصبع من يد باصبع من الرجل لانعدام المساواة بين هذه الاعضاء فان فيما هو المقصود بها لا مساواة يعنى مقصود منفعة البطش فى اليد والعمل بها وبين اليمين واليسرى فى ذلك تفاوت وكذلك فى الخلقة والهيئة يظهر التفاوت بين الابهام وغيرها من الاصابع وبين اليد والرجل وأصابع اليد وأصابع الرجل فيمتنع جريان القصاص بينهما ولا يقتص من عظم ما خلا السن والاصل فى جريان القصاص في الاسنان قوله تعالى والسن بالسن وروى أن الربيع عمة أنس بن مالك كسرت سن جارية فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال أنس بن النضر أويكسر سن الربيع بسن جارية فرضوا بالارش فقال عليه السلام ان لله عبادا لو أقسموا عليه لابرهم منهم أنس بن النضر والاصل فى جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة فى الفعل وفى المحل اما المأخوذ بالفعل فلان المماثلة فى ضمان العدوان منصوص عليها فيجب اعتبارها فى كل ما يتأتى والمتأتى اعتبار المماثلة فى هذه الاشياء ويعنى بالمماثلة فى المأخوذ بالفعل المساواة فى المنفعة والمساواة فى البدل لان التفاوت فى المنفعة المقصودة دليل اختلاف الجنس وان

اتحد الاصل فلان تنعدم المماثلة أولى ولهذا لا تقطع اليمين باليسار والتفاوت فى البدل دليل ظاهر على انعدام المساواة لان البدل بمقابلة المبدل وهو قيمته فالتفاوت فيه دليل على التفاوت فى المبدل وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله لا يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى الاطراف وقال ابن أبى ليلى يجرى وهو قول الشافعى ويسلكون فى الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفس وثبوت الحكم فى التبع بثبوته فى الاصل فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى النفوس فكذلك فى الاطراف ولكنا نقول لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة فى المنفعة ولا فى البدل والمماثلة معتبرة فى القصاص فى الاطراف بدليل [illegible] التفاوت [illegible] فى البدل والمنفعة ولا معنى لقولهم ان [illegible] القصاص [illegible] وبقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة [illegible] ولكن التفاوت فى البدل فلا تقطع الصحيحة بما [illegible] المساواة [illegible] حتى تستوفى النفس

وان كان يتعلق به مايندرئ بالشبهات فكذلك المماثلة في القيمة ههنا لانا لانشكر معرفة القيمة بالحزر والظن وانما ننكر ثبوت المساواة بالحزر قطعا وفي باب السرقة الحاجة الى معرفة القيمة لاالى المساواة ولا يقال اذا كانت قيمة كل واحد من العبدين أكثر من عشرة آلاف فهاهنا المساواة بينهما في البدل ثابتة شرعا ومع ذلك لايجرى القصاص بينهما في الاطراف لان التقدير في بدل نفس العبد فاما بدل طرفه فلايدخله التقدير شرعا ولكن تجب قيمته بالغة ما بلغت فيتحقق التفاوت بينهما فيه وبهذا تبين ان اطراف العبد يسلك بها مسلك الاموال ولا مدخل للقصاص في الاموال وعلى هذا الاصل قلنا يجري القصاص بين المسلم والذمى فيما دون النفس للمساواة بينهما في البدل وعند الشافعي يقطع طرف الذمى بطرف المسلم ولايقطع طرف المسلم بطرف الذمى اعتبارا بالنفسية على قوله وعلى هذا الاصل لايقطع يدان بيد واحدة عندنا للتفاوت في البدل والتفاوت في المقدار وتأثير التفاوت في المقدار فيما يعتبر فيه المماثلة أكثر من تأثير التفاوت في الصفة (ألا ترى) ان في الاموال الربوية التفاوت في المقدار يمنع جواز العقد والتفاوت في الصفة لا يمنع ثم التفاوت في الصفة هاهنا يمنع استيفاء الا كمل بالانقص كالصحيحة بالشلاء فالتفاوت في المقدار أولى وعند الشافعي يقطع يدان بيد واحدة اذا وضعا السكين من جانب واحد اعتبارا للقصاص في الطرف بالقصاص في النفس الا أن في الاطراف اذا وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب وامرا حتى التقى السكينان يجب القصاص لان القتل ازهاق للحياة وهو لايحتمل الوصف بالتجزى بحال فباختلاف محل الفعل لايثبت التجزى بل كل واحد منهما قاتل على الكمال كما لو اتحد محل فعلهما فاما القطع فانه جزء محسوس وذلك يتنوع نوعين نوع منه يتجزأ وهو عند اختلاف محل الفعل لانه لو لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ونوع منه لا يحتمل الوصف بالتجزى وهو ما اتحد محل الفعل لان كل واحد منهما أمر السلاح على جميع العضو (ألا ترى) أنه لايمكن أن يشار الى شئ من المحل فيقال القطع بفعل هذا دون فعل ذلك وعند اختلاف محل الفعل يقال هذا الجانب انقطع بفعل هذا والجانب الآخر انقطع بفعل الآخر فاذا كان غير متجزئ كان قياس النفس يجعل كل واحد منهما قاطعا بجميع اليد حكما فيلزمه القصاص لاعتبار معنى الزجر كما يعتبر ذلك في النفس والدليل على الفرق أن عند تميز محل الفعل يجب على كل واحد منهما حكومة العدل وعند اتحاد محل الفعل يجب على كل واحد منهما عندكم

نصف دية اليد فى ماله وكذلك قلتم لو أن محرمين قتلا صيدا بضربة واحدة فان على كل واحد منهما قيمته صحيحا ولو جرحه كل واحد منهما فى محل على حدة ضمن كل واحد منهما قيمته مجروحا بجراحة صاحبه فبه يتضح هذا الفرق ولكنا نقول كل واحد منهما قاطع بعض اليد سواء اختلف محل الفعل أو اتحد لان القطع هو الفصل بين متصلين ولهذا يطلق هذا الاسم على الخشب والنبات والجبال ونحن نتيقن ان ماانقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ولا معتبر بإمرار كل واحد منهما السلاح على جميع العضو لان امرار السلاح من غير حصول القطع به وجوده كعدمه وما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر هذا شئ يعرفه كل عاقل فعرفنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد ولا يجوز أن يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لان المساواة فى الفعل معتبرة لا محالة والدليل عليه أن القطع فى الجملة مما يحتمل الوصف بالتجزى وما يحتمل الوصف بالتجزى اذا اشترك فيه اثنان يضاف الى كل واحد منهما بعضه وان حصل على وجه غير متجزى كما لو اشتركا فى تمزيق ثوب أو فى استهلاك درة أو فى حمل حبسه يضاف نصفه الى كل واحد منهما وان حصل على وجه غير متجزى فاما النفس فالقياس فيها هكذا ولكن تركنا القياس بالأثر وهو حديث عمر والمخصوص من القياس بالأثر لا يلحق به الا أن يكون فى معناه من كل وجه لان الفعل فى النفس لا يحتمل الوصف بالتجزى بحال والفعل فى الطرف يحتمل الوصف بالتجزى (ألا ترى) أنه يتحقق أن تقطع بعض اليد ويترك ما بقي وفى النفس لا يتحقق ازهاق بعض الحياة دون البعض فلعدم احتمال التجزى هناك يجعل كاملا فى حق كل واحد منهما ولاحتمال التجزى هاهنا يجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض * يوضح الفرق ان الفعل فى النفس يكمل بسراية فعله فانه لو جرح فسري الى النفس كان مباشرا قتله والفعل فى الطرف لا يكمل بسراية الفعل وانه لو قطع فسرى الى ما بقى حتى سقط لا يلزمه القصاص وسراية فعله أقرب الى فعله من فعل شريكه فاذا لم يجز تكميل فعله بسراية فعله فى حكم القصاص فلان لا يجوز تكميله بفعل شريكه أولى ولا معنى لاعتبار الزجر فان معنى الزجر معتبر بعد وجود المماثلة بدليل انه لا تقطع يد الحر بيد العبد ولا الصحيحة بالشلاء لانعدام المماثلة وان وقعت الحاجة الى الزجر ولان المشتركين فى أدنى ما يتعلق به القطع لا يلزمهما القطع كما لو اشترك رجلان فى سرقة نصاب واحد لا تقطع واحد منهما وان كان المسروق درة لا تحتمل التجزي وبه فارق النفس فان المشتركين فى أدنى

ما يوجب القتل حقا لله تعالى يلزمهما القتل نحو ما اذا اشتركا في قتل رجل في قطع الطريق فيعتبر حق العبد بحق الله تعالى في الفصلين جميعا واذا ثبت أنه لا يجب القصاص عليهما قلنا يجب علي كل واحد منهما نصف دية اليد في ماله لانا نتيقن أن كل واحد منهما قاطع للنصف والفعل عمد وكذلك اذا وضع كل واحد منهما السكين من جانب فانا ان علمنا أن كل واحد منهما قطع نصف اليد يلزمه نصف الدية وانما يصار الي حكومة العدل اذا لم يعلم أن كل ما قطعه كل واحد منهما قدر النصف ولو قطع رجل يد رجل من نصف الساعد أو رجله من نصف الساق عمدا لم يكن عليه في ذلك قصاص لانه لا يمكن اعتبار المماثلة في الفعل والمحل فان فعله كان في كسر العظم دون القطع من المفصل وفيما يلزمه من الدية وحكومة العدل اختلاف بين أصحابنا وقد تقدم بيانه ولو قطع رجل يدي رجل اليمنى واليسرى قطعت يداه بهما وكذلك ان قطعهما من واحد لان المماثلة المشروطة في الفعل والمحل والمأخوذ بالفعل موجود فان قيل هو ما فوت على كل واحد منهما منفعة الجنس واذا قطعنا يده كان فيه تفويت منفعة الجنس فلا يتحقق المماثلة قلنا في حق كل واحد منهما يعتبر ما يستوفيه هو وليس في استيفائه منفعة الجنس ثم هذا المعنى انما يعتبر في السرقة لان تفويت منفعة الجنس استهلاك حكما والاستهلاك الحقيقي في حد السرقة غير مشروع فكذلك الحكمي فأما في القصاص فالاستهلاك الحقيقي مشروع اذا كانت المماثلة فيه فكذلك الاستهلاك الحكمي ولو قطع رجل يمينى رجلين قطعت يمينه بهما وغرم دية يد منهما عندنا سواء قطعهما معا أو على التعاقب وقال الشافعي ان قطعهما علي التعاقب يقطع بالاولى منهما وللثاني الارش وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والارش للاخر لانه حين قطع يد أحدهما فقد صارت مشغولة بحقه مستحقة له قصاصا والمشغول لا يشغل كمن رهن عينا من انسان وسلمها اليه ثم رهنها من آخر فانه لا يصلح الثاني مع بقاء حق الاول وهنا حق الاول باق فمنع ذلك ثبوت حق الثاني في اليد بخلاف ما اذا عفى الاول لان المانع قد زال اذ لم يبق له حق في المحل وكذلك اذا بادر الثاني واستوفى لانه لم يبق للاول حق في المحل لفواته فكان الثاني مستوفيا حقه فاذا حضرا جميعا فحق الاول قائم فيترجح بالسبق والدليل عليه أنه ليس في عينه وفاء بحقهما بالاتفاق حتى أن عندكم يقضى بارش يد بينهما وان قطعا جميعا ولو كان في عينه وفاء بحقهما لم يجب لهما شيء آخر بعد استيفائه كما قلتم في النفس اذ ثبت أن في عينه وفاء بحق أحدهما لم يكن بد

من ترجيح أحدهما على الآخر فرجحنا بالسبق أو بخروج القرعة اذا حصل الفعلان جميعا كما هو أصل ثم فيما قلتم جمع بين القصاص والارش لكل واحد منهما بسبب فعل واحد وذلك لايجوز على أصلكم * وحجتنا في ذلك أن حق كل واحد منهما ثابت في جميع اليد لان السبب تقرر في حق كل واحد منهما وهو القطع المحسوس وكونه مشغولا بحق الاول لما لم يمنع تقرر السبب في حق الثاني لا يمنع ثبوت حكمه (ألا ترى) أن ملك المولى في عبده لايمنع وجوب القصاص عليه اذا تقرر سببه وهو القتل والحق دون الملك بخلاف الرهن فان ثبوت السبب هناك بطريق الحكم واشتغال المحل بحق الاول يمنع ثبوت السبب في حق الثاني حكما والدليل عليه أنه لو عفى الاول كان للثاني أن يستوفي القصاص وتأثير العفو في الاسقاط فلو لم يجب له القصاص باصل الفعل لم يجب بالعفو والدليل عليه أن الثاني لو بادر واستوفى كان مستوفيا للقصاص فعرفنا أن حق كل واحد منهما ثابت في جميع اليد والمساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق كالغريمين في التركة والشفيعين في الشقص المشفوع الا أنه اذا قطعت يده بهما فقد صار كل واحد منهما مستوفيا نصف حقه لما بينا أن القطع يقع متجزئا فان القطع الذي هو ظلم يقع من اثنين بصفة التجزي فكذلك القطع الذي هو جزء بخلاف النفس فان ما هو ظلم هناك لا يقع متجزيا فكذلك ما هو جزء واذا صار كل واحد منهما مستوفيا نصف اليد فقد قضي بنصف طرفه حق كل واحد منهما ومن عليه القصاص في الطرف اذا قضي بطرفه حقا مستحقا عليه يقضي لمن له القصاص بالارش كما لو قطعت يده في سرقة وبهذا تبين أن المعنى الذي يجب به نصف الارش لكل واحد منهما غير ما يجب به القصاص فلا يكون هذا جمعا بين القصاص والارش بسبب واحد وبه فارق النفس فان هناك لو قضى بنفسه حقا مستحقا عليه بان قتل رجما لا يقضى لمن له القصاص بشيء اذا عرفنا هذا فنقول لو عفى أحدهما عنه قبل القصاص اقتص منه للباقي ولا شيء للعافي لان المزاحمة بينهما في القطع لثبوت حق كل واحد منهما في المحل وقد انعدم ذلك بعفو أحدهما فكان للآخر القصاص فقط ولو حضر أحدهما دون صاحبه لم ينتظر الغائب ويقتص لهذا الحاضر لان حقه ثابت في جميع اليد ومزاحمة الآخر معه في الاستيفاء موهوم عسى يحضر وعسى لا يحضر فلا يؤخر استيفاء المعلوم لمكان الموهوم كاحد الشفيعين اذا حضر والآخر غائب يقضى له بجميع المبيع بالشفعة لهذا المعنى ثم اذا قدم الغائب كان له الدية لانه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه

فيقضي للآخر بالارش بخلاف النفس فان هناك لو حضر أحدهما واستوفى القصاص ثم حضر الآخر لا يقضي له بشئ لان هناك في نفسه وفاء بحقهما فانما يستوفي هذا المحل من جهته وان لم يحضر وليس في الطرف الواحد وفاء بحقهما فانما تعذر على الثاني للاستيفاء بقضائه بطرفه حقا مستحقا عليه * يوضحه أن في النفس وان قضى بها حقا مستحقا عليه فلا يمكن جعلها سالمة بعد موته ولا يمكنه تقوم نفسه عليه بعد مامات فأما في الطرف فيمكن أن يجعل الطرف كالسالم له حين قضي به حقا مستحقا عليه وان يتقوم عليه ذلك لانه كالحابس لطرفه حكما فلهذا يقضي للثاني بالارش وان اجتمعا فقضى لهما بالقصاص والدية فأخذ الدية ثم عفى أحدهما عن القصاص جاز عفوه ولم يكن للآخر أن يستوفي القصاص وانما له نصف الدية لانهما ملكا الارش بالقبض وبعد تمام ملك كل واحد منهما في نصف اليد يستحيل أن يبقى حق كل واحد منهما في جميع القصاص فعرفنا أن حق كل واحد منهما انما بقي في نصف القصاص والقصاص المشترك بين اثنين اذا سقط نصيب أحدهما بعفوه انقلب نصيب الآخر مالا فأما اذا لم يستوفيا الدية حتى عفى أحدهما بعد ما قضي القاضي فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف للآخر أن يستوفي القصاص كما لو عفى أحدهما قبل قضاء القاضي وهو القياس وعند محمد وزفر ليس للآخر أن يستوفي القصاص استحسانا كما لو عفي أحدهما بعد استيفاء الارش وذلك لان قضاء القاضي بالقصاص وبالارش بينهما [illegible] ومن ضرورته ضرورة القصاص مشتركا بينهما فاذا أسقط أحدهما نصيبه بقي حق [illegible] نصف القصاص ولا يتصور استيفاء نصف اليد قصاصا والدليل عليه أن [illegible] يقضي [illegible] بينهما فهو كما لو ملكا الارش ولا [illegible] بخلاف ما قبل [illegible] فبقي حق كل واحد منهم في جميع القصاص والدليل [illegible] بين ما [illegible] أن أحد الشفيعين لو سلم قبل أن يقضي القاضي لهما بالدار كان للآخر أن يأخذ جميع الدار بالشفعة ولو سلم أحدهما بعد قضاء القاضي لم يكن للآخر أن يأخذ الا النصف وكذلك لو ادعى رجلان كل واحد منهما شراء عين من ذي [illegible] ثم سلم أحدهما قبل قضاء القاضي فانه يقضي للآخر بالبيع في جميع العين وبعد ما قضى القاضي لهما لو رد أحدهما البيع في نصيبه لم يكن للآخر الا النصف وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا القاضي انما قضى بما كان على ما كان فنزل ذلك منزلة الفتوى ولو استفتيا أفتى لهما القاضي أن القصاص بينهما أو أن الارش

بينكما ثم عفى أحدهما كان للآخر استيفاء القصاص فكذلك اذا قضى به القاضي وهو نظير من مات وترك ابنا وبنتا فقضى القاضي بينهما بالميراث أثلاثا كان هـذا كفتوى المفتي ولو تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا فقضى القاضي لها بمهر المثل كان هـذا كفتوى المفتي حتى لو طلقها قبل الدخول بها كان لها المتعة وفي تفسير هذا الوصف نوعان من الكلام أحدهما أن حق كل واحـد منهما كان في جميع القصاص على أن يستوفى كل واحـد منهما النصف اذا زاحمه الآخر وبقي كذلك بعدقضاء القاضي بدليل أنه لو حضر أحدهما واستوفى كان مستوفيا للقصاص ويكون الارش للآخر بخلاف مابعد استيفاء الارش فان هناك لو حضر أحدهما لا يتمكن من استيفاء القصاص مالم يحضر الآخر وهذا لان القضاء قول من القاضي والقصاص الذي هو غير المشترك لايصير مشتركا بقول بحال كما لو جعل نصف القصاص لغيره وقضي القاضي بذلك كان ذلك لغوا بخلاف استيفاء الارش فانه فعل وبالفعل يصير القصاص مشتركا والقاضي وان قضي بالارش بينهما فالملك لكل واحد منهما لا يتم بالقضاء قبل الاستيفاء لان الارش في معنى الصلات فانما يتم الملك فيها بالقبض لابالقضاء كنفقة الزوجة تصير بالقبض لا بنفس القضاء والدليل عليه أن السبب الموجب للارش لكل واحد منهما قضاؤه بطرفه حقا مستحقا عليه وذلك لايتم بالقضاء قبل استيفاء القصاص فأما اذا استوفيا الارش فسبب الملك في المقبوض هو القبض وقد تم ذلك وبهذا فارق فصل الشفعة والبيع فالقاضي بقضائه هناك غير الامر عما كان عليه لانه فسخ بيع كل واحد منهما في النصف وأبطل حق كل واحد من الشفيعين في النصف الذي قضى به الآخر والوجـه الآخر أن القصاص وجب مشتركا بينهما والارش كذلك أما اذا حصل الفعلان معا فهو ظاهر وكذلك ان حصلا على التعاقب لانه يجعل في الحكم كانهما كانا معا وهذا لانا لو قلنا ان حق كل واحد منهما في جميع القصاص لكان القاضي مسقطا حق كل واحد منهما عن نصف القصاص بولاية شرعية والقصاص لا يحتمل لوصف بالتجزي اسقاطا (ألا ترى) أن صاحب الحق لو عفا عن النصف سقط جميع حقه وهاهنا لما نفذ قضاء القاضي بالقصاص بينهما عرفنا أن القصاص كان مشتركا بينهما بشرط مزاحمة كل واحد منهما مع صاحبـه فتقرر ذلك بقضاء القاضي ثم بالعفو زالت مزاحمته فيكون حق الاخر في القصاص لانعدام شرط الشركة كما لو زالت مزاحمته بالعفو قبل قضاء القاضي والطريق الاول أصح ولو لم يكونا أخذا المال وأخذا به كفيلا ثم عفا أحدهما

فالمسئلة على الخلاف أيضا لان تأثير الكفالة فى توجه المطالبة بالارش على الكفيل وذلك لا يكون أقوى من توجه المطالبة لهما بالارش على الاصيل بقضاء القاضى ثم هناك لو عفا أحدهما كان للآخر القصاص فهذا مثله ولو كانا أخذا بالمال رهنا كان هذا بمنزلة قبض المال اذا عفا أحدهما بعد ذلك لم يكن للآخر أن يستوفي القصاص وهذا استحسان وكان ينبغى فى القياس ان لايقع بينهما شركة أبدا مالم يقبضا ولم يذكر غير هذا فى رواية أبى حفص وفى رواية أبى سليمان قال كان ينبغى فى القياس أن لايقع بينهما شركة أبدا سواء قبضا المال أو لم يقبضا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى رواية أبى سليمان أشار الى أن القياس والاستحسان فى فصل استيفاء الارش والارتهان بالارش جميعا وفى رواية أبى حفص أشار الى أن القياس والاستحسان فى فصل الارتهان بالارش وهذا هو الاصح وجه القياس ان الرهن وثيقة بالارش كالكفالة فكما ان عفو أحدهما بعد كفالة الكفيل بالارش لايمنع الآخر من الاستيفاء أى استيفاء القصاص فكذلك بعد الرهن لان بالارتهان لم يتم ملكهما فى الارش ولا فى بدله وجه الاستحسان أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء لهما (ألا ترى) انه يتم استيفاؤهما بهلاك الرهن وانه يعتبر قيمة الرهن وقت القبض فتقام يد الاستيفاء مقام حقيقة الاستيفاء فى ايراث الشبهة بخلاف الكفالة فان بالكفالة تزداد المطالبة ولا تثبت يد الاستيفاء فبقى كل حق و حدمنهما بعد الكفالة فى جميع القصاص كما كان قبله واذا قطع الرجل أصبع رجل من المفصل من يمناه ثم قطع يمينا أخرى وبدأ باليد ثم قطع الاصبع ثم حضرا جميعا فانه يقطع أصبعه أولا باصبع الآخر ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع مابقي وان شاء أخذ دية يده لان فى البداءة بحق صاحب اليد ايفاء الحقين فانه لايفوت به محل حق صاحب الاصبع فما أمكن ايفاء الحقين لايجوز ابطال حق أحدهما ثم حق صاحب الاصبع فى الاصبع مقصود وحق صاحب اليد فى الاصبع تبع بدليل انه لو أراد قطع الاصابع أو بعضها وترك الكف منع من ذلك ولا مساواة بين التبع والمقصود فهو نظير مالو قطع يد انسان وقتل آخر فانه يبدأ بحق صاحب اليد فيقطع له أولا ثم يقتل بالآخر واذا قطع صاحب الاصبع أصبعه يخير صاحب اليد بمنزلة مالو كانت يد القاطع ناقصة باصبع ومن قطع يد انسان ويد القاطع ناقصة باصبع يتخير المقطوعة يده لعجزه عن استيفاء حقه بصفة الكمال فان شاء أخذ الارش وان شاء قطع مابقى ولا

شيء له سوى ذلك عندنا وعند الشافعي له أن يقطع مابقي ويضمنه خمس دية اليد لان كل أصبع خمس اليد بدليل ان ارش كل أصبع يكون خمس ارش اليد فهو انما استوفى أربعة اخماس حقه فيقضى له بالارش فيما بقي كمن أتلف على آخر خمسة أقفزة حنطة فوجد عنده أربعة أقفزة واستوفاها كان له أن يستوفى قيمة القفيز الخامس ولكنا نقول استوفى محل حقه بكماله فلا يرجع مع ذلك بشيء من الارش كما لو قطع يدا صحيحة ويد القاطع شلاء فاستوفى القصاص وهذا لان الاصابع صفة لليد (ألا ترى) أن المقصود باليد منفعة البطش وبفوات الاصبع ينتقص معنى البطش ولا ينعدم والدليل عليه انه لو أراد صاحب اليد استيفاء بعض الاصابع لم يكن له بعد ذلك ولكن اما ان يقطع من مفصل اليد أو يترك فعرفنا أن الاصابع في حقه بمنزلة الوصف ومن تجوز بحقه مع نقصان الصفة لايكون له أن يرجع بشيء آخر كما لو أتلف عليه كرا جيدا فوجد عنده كرا رديئا وقبضه بخلاف الميزان فانه مقدار وليس بصفة (ألا ترى) ان له أن يبرئ عن بعض الاقفزة ويستوفى البعض وهاهنا ليس له أن يعفو عن بعض الاصابع ويستوفى البعض فان جاء صاحب اليد أولا قطعت له اليد لان حقه ثابت معلوم ولا يتأخر استيفاؤه لمكان حق موهوم لغائب لايدرى أيطالب أو يعفو ثم اذا حضر الآخر قضى له بالارش لان من عليه الحق قضى بمحل حقه حقا مستحقا عليه فيكون له الارش فان قيل كيف يستقيم هذا مع قولكم ان الاصبع وصف وتبع قلنا نعم ولكن باعتبار فوات هذا الوصف كان يتخير من له الحق وانما لم يتخير هاهنا لبقاء الاصبع فكان هو من هذا الوجه قضى بالاصبع حقا مستحقا عليه بخلاف النفس فان هناك لو حضر من له القصاص في النفس أولا واستوفى لم يكن لمن له القصاص في الطرف شيء لان هناك ماقضى بالطرف حقا مستحقا عليه (ألا ترى) ان فوات الطرف لايثبت الخيار لصاحب النفس ولو قطع من أصبع رجل مفصلا ومن أصبع رجل آخر مفصل ذلك الاصبع ومن رجل ثالث الاصبع كلها ثم اجتمعوا عند القاضي فانه يقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لانه ليس في البداءة بحقه تفويت محل حق الآخرين وبالبداءة بأخذ حق الآخرين تفويت محل حقه ولان حقه في المفصل الاعلى مقصود وحق الآخرين فيه تبع واذا قطع هذا المفصل تخير صاحب المفصلين فان شاء قطع المفصل الاوسط بجميع حقه لانه وجد محل حقه ولكنه مع النقصان وان شاء أخذ ثلثي دية أصبعه من مال القاطع لعجزه عن استيفاء

كمال حقه ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ مابقى من أصبعه لوجود محل حقه وان كان ناقصا وان شاء أخذ دية أصبعه من مال القاطع لعجزه عن استيفاء كمال حقه، وكذلك لو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر من المرفق ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف لانه ليس فى البداءة بحقه تفويت محل حق الآخر ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقى بحقه لوجود محل حقه وان شاء أخذ الارش لعجزه عن استيفاء حقه بكماله وفى جميع هذه الوجوه لا يثبت للثانى الخيار قبل استيفاء الاول لان صفة الكمال قائمة فى طرفه ولا تنعدم بثبوت حق الاول فيه وانما ينعدم ذلك باستيفائه فلهذا كان خياره بعد استيفاء الاول واذا شج الرجل الرجل موضحة فاخذت مابين قرنى المشجوج وهى لا تأخذ ما بين قرنى الشاج لكبر رأس الشاج فان المشجوج بخير فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص له بيدأ من أي الجانبين أحب حتى يبلغ مقدارها فى طولها الى حيث تبلغ ثم يكف وليس له أن يشجه شجة تأخذ ما بين قرنيه وذكر الطحاوى عن الرازى الكبير ان له ذلك ولا خيار له لان فى القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة فى المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر (ألا ترى) ان من قطع يد انسان ويد القاطع أكبر من يد المقطوع انه يجب القصاص فهذا مثله ولكنا نقول الاصل فى الشجاج انه تعتبر المساواة فى المساحة والسبر لان البدل يختلف بحسب الاختلاف فى ذلك والمساواة فى البدل معتبرة فى القصاص فيما دون النفس فهاهنا لو شجه شجة تأخذ ما بين قرنى الشاج كان فى المساحة أكثر من الاول وكذلك فى الالم ولو شجه مثل الاول وفى المساحة كان فى السير دون الاول لان الشجة الاولى أخذت ما بين قرنيه وذلك القدر لا يأخذ مابين قرنى الشاج فقد عجز عن استيفاء حقه بكماله فثبت له الخيار ان شاء استوفى الارش وان شاء استوفى القصاص بقدر الاولى فى المساحة وتجوز بدون حقه فى السبر بخلاف اليد فان المعتبر هناك منفعة البطش فلعل هذه المنفعة فى اليد الصغيرة أكثر من اليد الكبيرة (ألا ترى) أن ارش اليد لا يختلف باختلاف اليد فى الصغر والكبر بحال فان لم يأخذ ما بين قرنى المشجوج لكبر رأسه وهى تأخذ ما بين قرنى الشاج وتفضل فهو بخير أيضا لانه ان استوفى مثل حقه فى المساحة كان هذا أزيد فى السبر من الاول وان اقتصر على مايكون مثل الاول في السبر كان دون حقه فى المساحة فيتخير فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص

له مابين القرنين من الشاج لا يزاد على ذلك وان كانت الشجة في طول رأس المشجوج وهى تأخذ من رأس الشاج من جبهته الى قفاه فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص له مقدار شجته الي مثل موضعها من رأسه لا أزيد علي ذلك لانه لو شجه مثل شجته فى الطول كان هذا في معنى السبر أزيد من الاول ولا سبيل له الي استيفاء الزيادة وان شجه الى مثل ذلك الموضع من رأسه كان دون حقه في الطول فيخير لذلك وان كانت أخذت من المشجوج ما بين جبهته الى قفاه ولا تبلغ من رأس الشاج الا الى نصف ذلك فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص له بمقدار شجته الى حيث تبلغ ويبدأ من أى الجانبين أحب لما قلنا وقدمنا فيما سبق حكم القصاص فى الشجاج وما فيها من اختلاف الروايات وانه لا يقتص فى شيء من ذلك حتى يبرأ ولا قصاص فى الهاشمة والمنقلة والآمة والجائفة لان هذه الجراحات فى العظم فاعتبار المماثلة فيها غير ممكن وبلغنا عن عمر رضى الله عنه انه قال لاقصاص فى عظم وعن ابن عباس رضى الله عنه انه قال ولاقصاص فى آمة ولا جائفة ولا منقلة ولا عظم يخاف عليه تلف وكل عظم كسر من ساعد أو ساق أو ضلع أو ترقوة أو غير ذلك ففيه حكم عدل ولاقصاص فيه لتعذر اعتبار المساواة فيه وللتفاوت فى الارش فان حكم العدل انما يظهر بتقويم المقومين فلا يكون ذلك مقطوعا به واذا قطع رجل يد رجل عمدا ويد القاطع شلاء أو ناقصة أصبعا قيل له اقطع يده ان شئت والا فخذ الارش لانه وجد جنس حقه ولكنه ناقص فى الصفة فيتخير لذلك فان سقطت يده قبل أن يختار من له القصاص شيأ فلا شيء له عندنا وله الارش عند الشافعى وكذلك لو كانت يد القاطع صحيحة فسقطت لا كلة أو قطعت ظلما فلا شيء لمن له القصاص وعند الشافعى له الارش وكذلك فى النفس لو مات من عليه القصاص أو قتل فهو بناء علي ما سبق ان عنده الواجب أحد شيئين إما القصاص أو الارش واذا تعذر استيفاء أحدهما لفوات محله تعين الآخر وعندنا الواجب هو القصاص لاغير وقد سقط لفوات محله حقيقة وحكما والحق الثابت فى محل مقصور عليه لا يبقي بعد فواته بخلاف ما اذا قطعت يده فى سرقة لانه لما قضي بيده حقا مستحقا عليه كان ذلك كالسالم له حكما اذا ثبت هذا فيما اذا كانت يده صحيحة فكذلك اذا كانت يده شلاء لان حقه كان فى القصاص وقد فات محله حين سقطت يده فان قيل هو مخير بين استيفاء القصاص واستيفاء الارش فاذا تعذر عليه استيفاء أحدهما تعين الآخر قلنا لا كذلك بل كان حقه فى القصاص لاغير الا انه كان له أن

يستوفى الارش لعجزه عن استيفاء كمال حقه بدليل انه لو زال الشلل قبل أن يستوفى الارش لم يكن له الا القصاص وقد فات محل حقه فلم يبق له شيء ولو قطعت أصبع من أصابع القاطع لغير قصاص لم يكن للمقطوعة يده الا انه يقطع مابقي ولا ارش له بخلاف ماإذا قطعت أصبع من أصابعه فى قصاص لان الاصبع جزء من اليد فيعتبر الجزء بالكل فى الفصلين جميعا واذا اقتص الرجل من الرجل فى عضو أوشجة فمات المقتص منه من ذلك فديته على عاقلة المقتص له فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لاشيء عليه والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم كان عمرو على يقولان الحق قتله ولا شيء على أحد وكان ابن مسعود يقول يضمن دية النفس ويسقط من ذلك ارش العضو الذى هو حقه وكان عبد الله بن عمرو بن العاص يقول عليه الدية وكان يروى فى ذلك حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من استقاد من انسان فمات المستقاد منه وبرئ المستقيد ضمن المستقيد ديته وجه قولهما أن هذا قطع بحق أو قطع مستحق فالسراية المتولدة منه لاتكون مضمونة كالامام اذا قطع يد السارق فمات من ذلك وتأثيره أن السراية أثر الفعل فلا تنفصل عن أصل الفعل ولما اتصل أصل الفعل بالخفية فكذلك أثره ثم نفس من عليه القصاص صارت فى حكم نفسه على معنى أن الفعل في محل حقه يكون حقا مباحا وفيما وراء ذلك يكون عدوانا وان محل حقه صار مملوكا له فى حكم الاستيفاء وما وراء ذلك غير مملوك له والفعل فى محل حقه جزاء وفيما سوى ذلك عدوان فاذا تميز أحد المحلين عن الآخر حكما يجعل كالتمييز حسا ولاتنوب السراية من بدن الي بدن فباعتبار هذا المعنى يجعل عقيب القطع كانه تم البرء فلا تعتبر السراية بعد ذلك ولان هذا فعل ماذون فيه فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة كمن قال لغيره اقطع يدى أو قال من عليه القصاص لمن له القصاص اقطع يدى قصاصا فقطع وسرى فانه لايجب شيء وكذلك النزاع والفصاد والحجام والختان لايضمن واحد منهم بالسراية شيأ لهذا المعنى ولان هذا قطع لو اقتصر لم يكن مضمونا فلا تكون السراية مضمونة كقطع يد المرتد وهذا لان الشرع أثبت له حق قطع اليد وليس فى وسعه التحرز عن السراية فلا يجوز أن يكون مؤاخذا به والسراية انما تكون لعجز الطبيعة عن دفع أثر الجراحة والبرء وبقوة الطبيعة عن دفع أثرها وشيء من ذلك ليس فى وسع المستوفى لحقه * يوضحه ان طرفه كان سالما بلا خطر فلا يتميز الا بمثله وهو طرف يسلم له بالاستيفاء من غير خطر ولابي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما ان هذا قتل بغير حق فيكون مضمونا وبيانه

أن القتل اسم لجرح يعقبه زهوق الروح وقد وجد ذلك ولا شك ان القطع غير القتل فالقطع اسم لفعل يكون مؤثرا فى إباحة جزء من الجملة والقتل اسم لفعل يكون مؤثرا فى ازهاق الروح وانما يتبين ذلك باعتبار المآل ولهذا يعتبر فى الجنايات مآلها حتى اذا قطع يد امرأة أو يد رجل من نصف الساعد لم يكن عليه القصاص فان سرى الي النفس يجب القصاص فبهذا يتبين ان عند السراية تبين ان أصل الفعل كان قتلا لا ان يقال كان قطعا فصار قتلا لان الفعل لا يتصور أن يكون علي صفة ثم يصير علي صفة أخرى اذ لا بقاء له ولا يتبين أنه كان قتلا فى الاصل وهو بمنزلة تحريك الخشبة ان لم يصب شيأ كان تحريكا وان ألقاها على ما انكسر بها كان كسراً وان ألقاها على حيوان فمات بها كان قتلا وهاهنا لما انزهق الروح بهذا الفعل عرفنا انه كان قتلا من الاصل ولا حق له فى القتل فيكون هذا قتلا بغير حق بمنزلة مالو حز رقبته ولهذا كان القياس أن يلزمه القصاص عند أبي حنيفة الا انه أوجب عليه الدية استحسانا بمنزلة الخطأ فانه ما قصد قتله وانما قصد استيفاء حقه باقامة فعل هو حق فيكون بمنزلة مالو رمى الي صيد أو حربى فأصاب مسلما * يوضحه ان الفعل من حيث الصورة حقه وباعتبار المآل كان غير حقه والحكم وان كان يبنى على ما يظهر فى الحال فنسبة ذلك الفعل لصورته وصفة الحقية فى صورته تكون شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات وما ادعوا من تمييز أحد المحلين حكما كلام لا معنى له لان هذا التمييز فى حكم القطع الذى هو قصاص فقط فأما فيما وراء ذلك فنفس من عليه وأطرافه كشيء واحد وقد بينا ان هذا ليس باستيفاء لحقه وكذلك الفعل انما يكون جزاء اذا كان قطعا لا اذا كان قتلا وطرف من عليه غير مملوك لمن له القصاص حكما حتى اذا قطع كان البدل لمن عليه لا لمن له القصاص ولكن فى حق التمكن من استيفاء حقه جعل كأنه له واستيفاء حقه يكون بفعل هو قطع لا بفعل هو قتل قوله التحرز عن السراية ليس فى وسعه قلنا نعم ولكن العفو والترك فى وسعه وهو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وانما يتقيد بالوسع ما يكون مستحقا عليه فأما ما يكون مباحا له كالمشي فى الطريق والرمى الى الصيد وتعزير الزوج زوجته فيتقيد بشرط السلامة وان لم يكن فى وسعه ايجاد ذلك لان ذلك غير مستحق عليه ثم عجزه لا يجوز أن يكون مسقطا حرمة صاحب النفس فى نفسه وأكثر ما فى الباب ان يتقابل حقان حق هذا فى طرف يسلم له بلا خطر وحق الآخر في نفس محترمة متقومة فتترجح حرمة النفس على حرمة الطرف أو يعتبر الحرمتان فلحقه

في الطرف يتمكن من الاستيفاء ولمراعاة حق الآخر في النفس يتقيد عليه بشرط السلامة وهو بمنزلة ما لو قلع سن انسان فاستوفى حولا فلم ينبت فانه يمكن من استيفاء القصاص فان استوفى القصاص ثم نبت السن المقلوع أولا وجب عليه ارش سن القالع لهذا المعنى وهذا بخلاف قطع الامام يد السارق لان ذلك مستحق عليه اقامته فيتقيد بما في وسعه يوضحه أن المأمور به هناك قطع مطلق وفعله في الصورة قطع فيصير به ممتثلا للآمر ويخرج من عهدته فيصير كالمسلم الى من له القصاص عامل لنفسه الحق فاذا مات من ذلك فانما قتله من له الحق بعد ما خرج الامام من عهدة فعله فأما هنا فمن له القصاص عامل لنفسه فلا يخرج من عهدته قبل البرء وانما اذن له في قطع مقيد بكونه قصاصا والقصاص عبارة عن المساواة فاذا تبين أنه لم يكن قصاصا كان مضمونا عليه ولهذا قلنا في قوله اقطع يدي فقطع فسرى لا يجب شئ لانه أنابه مناب نفسه في قطع مطلق فكما أن يتحول فعله الى الآمر وخرج القاطع من عهدته وكذلك النزاع والفصاد والحجام انما أمروا بفعل مطلق وكما فرغوا من ذلك خرجوا من عهدتهم وصار مسلما الى من أمرهم بذلك فأما قول من عليه القصاص لمن له القصاص اقطع يدي قصاصا غير معتبر لان من له القصاص عامل لنفسه بعد هذا القول وقبله كيف وقد قيد الامر بقوله اقطع قصاصا فاذا سرى الى النفس فهذا على الخلاف والحرف الآخر لابي حنيفة أن هذه سراية تولدت من قطع مضمون فيكون مضمونا كما لو قطع يد انسان ظلما وبيان ذلك أن القصاص محض حق العباد فيكون واجبا بطريق الجبران وما يستوفى جبرا يكون على المستوفي بما كان استوفى منه فان معنى الجبران لا تحقق الا به كمن استهلك على انسان مالا فاستوفى منه مثله كان المستوفي مضمونا على المستوفي بما أداه فاذا كان أصل الفعل مضمونا والسراية أثره فتكون مضمونة أيضا وبهذه يخرج قطع يد السارق لانه أقامه حدا فلا يكون مضمونا على الامام (ألا ترى) أن ذلك قضاء منه وفيما يكون مضمونا عليه لا يكون نافذ القضاء وكذلك ما قال لغيره اقطع يدي فانه غير مضمون عليه لانه عامل للآمر لامره في محل مملوك له وكذلك فعل [illegible] الفصاد والنزاع مضمون ضمان عقد ولكن لا يتولد ضمان جناية من ضمان عقد وتقررنا هذا في مسئلة الاجير المشترك ولو لم يمت المقتص منه ومات المقتص له قتل به المقتص منه لانه قد تبين أن الواجب له القصاص في النفس ومن له القصاص في النفس اذا قطع يد من عليه القصاص لا يسقط به

حقه فى النفس فلهذا قتل به قصاصا ولو قتل رجل رجلا فدفع الى وليه فقطع يده عمدا أو مثل به فى غير ذلك الموضع لم يكن عليه فى ذلك ارش لانه كانت له نفس واليد من النفس (ألا ترى) أن استيفاء النفس باق على ذلك كله ولكن تعذر لما باشره من المثلة فان المثلة حرام بنهى النبي عليه السلام عن المثلة وما كان يمنع من هذا الفعل فذلك لا يدل على أنه مضمون عليه كما لو حرقه بالنار فانه لا يكون مضمونا عليه وان كان هو ممنوعا منه والاطراف تابعة للنفس فاذا كان فعله فى النفس على وجه يكون ممنوعا منه لا يوجب الضمان عليه فكذلك فى الطرف ولو أن الولى بعد ما قطع يده عمدا أو خطأ عفا عنه كان عليه دية اليد فى قول أبى حنيفة ولا شئ عليه فى قول أبى يوسف ومحمد لانه استوفى طرفا من نفس لو استوفاها لم يضمن فكذلك اذا استوفى جزأ منها لم يضمن كما لو قطع يد مرتد وهذا لان الاطراف تابعة للنفس فمن ضرورة ثبوت حقه فى النفس ثبوت حقه فى الاطراف لان الحق فى التبع انما يثبت بثبوته فى الاصل ولهذا لم يكن استيفاء الطرف موجبا للضمان عليه قبل العفو فكذلك بعد العفو ولان العفو اسقاط فانما ينصرف الى الباقى لا الى المستوفى كمن قطع يد انسان ثم قطع من له القصاص أصبعا من أصابعه ثم عفا عن اليد لم يضمن ارش الاصبع والاصابع للكف بمنزلة الاطراف للنفس والدليل عليه أنه لو أعقب القطع قتلا لم يضمن شيأ وكان ذلك باعتبار ثبوت حقه فى الطرف فكذلك اذا أعقبه عفوا لانه فى العفو محسن واحسانه لا يكون موجبا عليه الضمان * يوضحه أنه بعد العفو لو سرى الى النفس لم يضمن شيأ والقطع السارى أفحش من المقتصر واذا كان لا يضمن بعد العفو اذا سرى شيأ فاذا اقتصر أولى أن لا يضمن وأبو حنيفة يقول استوفى طرفا لا حق له فى استيفائه من نفس متقومة فيكون مضمونا عليه وبيانه أن نفس من عليه القصاص متقومة فى حق سائر الناس فكذلك فى حق من له القصاص الا أن تقومها سقط فى حق الاستيفاء بما سبق ولا حق لمن له القصاص فى استيفاء الطرف لان استيفاء الطرف قطع وقد بينا أن حقه فى القتل والقطع غير القتل والدليل عليه أنه يمنع من الاستيفاء مع أن القطع طريق مشروع لاستيفاء القصاص فى النفس فانما يمنع هناك لانه مخطئ فى الطريق وها هنا غير مخطئ فى الطريق ثم يمنع من الاستيفاء فعرفنا أنه لا حق له فى الطرف وهذا لان حقه فى النفس والاطراف تابعة للنفس فانما يثبت له الحق فى استيفائها تبعا لا مقصودا فاذا استوفى الطرف مقصودا كان مستوفيا

ما ليس بحق له الا انه قبل العفو متمكن من أن يجعله تبعا للنفس بأن يقتله فيكون كل واحد من الفعلين قتلا ويصير الطرف تبعا للنفس فلا يضمن شيأ فأما بعد العفو فقد سقط حقه فى النفس وبقى الطرف مقصودا بالاستيفاء ولا حق له فيه مقصودا فكان مضمونا عليه والدليل عليه أن من وجب له القصاص علي امرأة فزنى بها يلزمه الحد والمستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين فلو ثبت من له الحق فى اطرافها مقصودا لصار ذلك شبهة فى اسقاط الحد ومن له القصاص على عبد انسان اذا تصرف فى ماليته كان هو في ذلك كاجنبي آخر وان كان حقه ثبت فى ماليته تبعا علي معنى ان باستيفاء النفس يصير مستوفيا للمالية والدليل على أن من له القصاص فى النفس لا حق له فى الطرف انه لو كان عليه قصاص فى اطرافه لانسان وفى نفسه لآخر فجاء من له القصاص فى النفس فقطع طرفه لم يضمن من عليه شيأ لصاحب الطرف ولو كان حق من له القصاص فى النفس ثابتا فى الطرف لصار هو قاضيا بطرفه حقا مستحقا عليه فيغرم الارش لصاحب الطرف وهو بخلاف الاصبع مع الكف فان حق من له القصاص ثابت فى الاصابع هناك بدليل ان فوات بعض الاصابع يثبت له الخيار وأن الكف تابعة للاصابع بدليل حكم الارش فأما هنا ففوات الاطراف لا يثبت الخيار لصاحب النفس ولا ينقص بدل النفس بفوات الاطراف فعرفنا أن الاطراف تابعة للنفس وقد قيل ان تلك المسئلة مذكورة فى الزيادات والجواب قول محمد خاصة وهذا بخلاف ما لو سرى القطع الى النفس بعد العفو لان بالسراية يتبين ان أصل فعله كان قتلا وانه كان مستوفيا حقه وانما أسقط بعد الاستيفاء وهذا بخلاف ما اذا أعقب القطع قتلا لان الفعل الثانى يكون متمما للمقصود بالفعل الاول فيتبين به ان كل واحد منهم قتل والقتل حقه فلا يكون مضمونا عليه ثم اذا قتله فقد تقرر حقه فى النفس وذلك يمنع وجوب ضمان الطرف عليه بخلاف ما اذا عفا ولا معنى لقولهم ان عفوه ينصرف الى ما بقي لانه بقطع اليد ما صار مستوفيا شيأ من القتل حتى يقال ينصرف عفوه الى ما بقي قال وفى العين القصاص وفى السن القصاص اذا قلعت أو كسر بعضها ولم يسود ما بقي وقد بينا حكم القصاص فى السن وانما بقي منه حرف وهو أنه اذا كسر بعض السن فاسود ما بقى لا يجب القصاص فانه عاجز عن فعل مثل الفعل الاول فانه لا يمكنه أن يكسر بعض السن على وجه يسود ما بقى فلهذا لا يلزمه القصاص * يوضحه أن الفعل كله فى محل واحد وآخره موجب للارش فيمنع ذلك وجوب القصاص فى جميعه وفرق أبو يوسف ومحمد بين هذا وبين ما اذا قطع أصبع

انسان فشلت بجنبها أخرى وهذا لان كل أصبع محل على حدة ووجوب الارش بالفعل فى أحد المحلين لا يمنع وجوب القصاص بالفعل فى المحل الآخر وهنا المحل كله واحد فاذا خرج آخره من أن يكون موجبا للقصاص يخرج أوله من أن يكون موجبا فاما فى العين اذا ذهب نورها بالضربة ولم تخسف فعليه القصاص وصورته أن تحمى له مرآة ثم تقرب منها حتى يذهب نورها ويربط على عينه الاخرى وعلى وجهه قطن هكذا روى عن علي رضى الله عنه فان هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله عنه فشاور الصحابة فى ذلك فلم يجد عندهم شيأ حتى قضى على رضي الله عنه بالقصاص وبين طريق الاستيفاء بهذه الصفة فاتفقوا على قوله فأما اذا انخسفت أو قلعت الحدقة فلا قصاص فيها لانه لا يتأتى اعتبار المماثلة فى السن والمحل فهو بمنزلة كسر العظم وانه لا يتأتى به القصاص واذا أحرق رجل رجلا بالنار فعليه القصاص لان النار تعمل عمل السلاح فى تفريق الاجزاء والتأثير فى الظاهر والباطن ثم يقتله المولى بالسيف عندنا وعند الشافعى يقتله بمثل ما قتله به والدليل على أنه لا يحرقه بالنار قوله عليه السلام لا يعذب بالنار الا ربها وقال لا تعذبوا بعذاب الله أحدا واذ طعنه برمح لا سنان له فاجافه فمات فعليه القصاص لوجود الجرح فى ظاهر البدن [illegible] غير الحديد اذا كان يعمل عمل الحديد فى القطع والجرح [illegible] يكون [illegible] شق بطنه بعود أو ذبحه بقصبة فهو بمنزلة السلاح يجب القصاص به وفى [illegible] الحديد والنحاس اختلاف الروايات كما بينا والكلام فى القتل بالحجر والعصا [illegible] واذ غرق رجل رجلا فى ماء فلا قصاص عليه وان كان يعلم انه لا ينقلب منه بلغنا ذلك عن عمر رضى الله عنه [illegible] الحديث الذي رويناه فى كتاب الاكراه وعلى قول أبي يوسف ومحمد يجب عليه القصاص [illegible] من ذلك ما يعلم انه لا يعيش من مثله بمنزلة القتل بالحجر الكبير على قولهم ويعتمدون فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه ولكن أبو حنيفة قال هذا لا يثبت مرفوعا وانما هذا كلام زياد ذكره فى خطبه ألا ترى انه قال فيه ومن قتل عبده قتلناه وبالاجماع من قتل عبده لا يقتل ثم [illegible] فى معنى السلاح (ألا ترى) انه لا يؤثر فى تفريق الاجزاء فى الظاهر فهو بمنزلة الحجر والعصا على قولهم يوضحه ان الغريق يجتذب الماء بنفسه فيكون كالمعين على نفسه فيكون ذلك شبهة فى اسقاط القود ولو خنق رجلا فمات أو طرحه فى بئر أو [illegible] على ظهر جبل أو سطح فمات لم يكن فيه قصاص عند أبي حنيفة وعندهما اذا كان

شيء من ذلك يعلم انه لا يعيش من مثله فهو عمد محض يجب به القصاص وان كان خناقا معروفا قد خنق غير واحد فعليه القتل لانه ساع في الارض بالفساد والامام يقتل الساعي في الارض بالفساد حدا لا قصاصا وذكر في النوادر انه لو حبسه في البيت فطبق عليه الباب حتى مات لم يضمن شيأ عند أبي حنيفة ولكن يعزر على ما صنع وعندهما يضمن ديته لانه مسبب لاتلافه على وجه متعد فيه فيكون بمنزلة حافر البئر في الطريق وأبو حنيفة يقول حبسه وتطبيق الباب عليه لا يوجب اتلافه وانما يتلفه معنى آخر وهو الجوع الذي هاج من طبعه وبعد الطعام عنه ولا صنع للجاني في ذلك فلو ضمن انما يضمن بجنايته عليه بتأخير حبسه والحر لا يضمن باليد ولو سقى رجلا سما أو أوجره ايجارا فقتله لم يكن عليه قصاص والدية على عاقلته وفي بعض النسخ قال سقاه سما أو أوجره ايجارا فقد صار متلفا له وهذا هو الاصح لانه اذا دفعه اليه حتى شرب بنفسه لم يضمن شيأ لان الشارب مختار به في شربه فيكون قاتلا نفسه ومن أعطاه غره حين لم يخبره بما فيه من السم ولكن بالغرور لا يجب عليه ضمان النفس والاصل فيه ان اليهودية حين أتت بالشاة المسمومة هدية الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل من ذلك بشر بن البراء فمات ثم لم يضمنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ديته لان تناوله باختياره فاما اذا أوجره ايجارا فقد صار متلفا له فيكون ضامنا ديته وقيل هذا اذا كان سما قد يقتل وقد لا يقتل فيكون ذلك بمنزلة الخطأ فأما اذا كان سما ذعافا يعلم انه يقتله لا محالة فانه يجب عليه القصاص عند أبي يوسف ومحمد بمنزلة ما تقدم من الفعل الذي لا يلبث واذا جرح الرجل الرجل عمدا بالسيف فاشهد المجروح علي نفسه أن فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح من ذلك فلا شيء علي فلان ولا تقبل البينة عليه بالجناية لان قبول البينة يبنى على دعوى صحيحة والوارث في الدعوى قائم مقام المورث فكما لا تصح الدعوي من المورث بعد اقراره انه لم يجرح فكذلك لا تصح من الوارث لانه نفى أصل الجرح ومن ضرورته نفي القتل ولو لم يقر المجروح بذلك ولكنه عفى عن الجارح قبل موته ثم مات ففي القياس عفوه باطل لان القصاص في النفس انما يجب بعد موته ويكون للوارث لا للمورث فالوارث هو الذي ينتفع به دون المورث فيكون المورث بعفوه مسقطا حق الغير ومسقطا للحق قبل الوجوب وذلك باطل والدليل عليه ان عفو الوارث قبل موت المورث عن القصاص صحيح ولو كان القصاص يجب للمورث لا يصح عفو الوارث كالابراء عن الدين وجه الاستحسان ان لوراثة خلافة وانما يجب القصاص للوارث

على وجه الخلافة عن المورث لا ابتداء ولهذا لو انقلب مالا يقضى منه دين المورث وتنفذ وصاياه فأصل الحق كأنه ثابت للمورث فيصح بعد ماوجد سبب وجوب الحق وان لم يجب بعد كما يجوز التكفير بعد الجرح قبل زهوق الروح ثم عفوه فى الانتهاء كاذنه في الابتداء واذنه فى الابتداء مسقط للقود عن الجانى حتى اذا قال اقطع يدي فقطعه فسري لا يجب شئ كذلك عفوه فى الانتهاء ولو عفا الولى قبل موت المجروح فى القياس لا يصح عفوه أيضا لانه لم يأن حقه بعد فان ثبوت حقه بطريق الخلافة وذلك بعد موت المورث واذا أسقط حقه قبل أوانه كان باطلا كما اذا أبرأ عن دين واجب لمورثه فى حياته وجه الاستحسان أن السبب يجعل قائما مقام حقيقة وجوب الحق فى صحة العفو وهذا السبب انعقد موجبا للقصاص للوارث وان كان بطريق الخلافة عن المورث فيقام مقام حقيقة وجوب الحق فى تصحيح عفوه *يوضحه أن باعتبار أصل السبب الحق للمورث لان السبب جناية على حقه وهو من أهل أن يجب له الحق بعد هذا السبب وباعتبار نفس الواجب الحق للوارث لان القصاص فى النفس لم يجب الا بعد الموت وبعد الموت المورث ليس بأهل أن يجب له الحق فيجب للوارث وكل واحد من الجانبين مراعى فلمراعاة السبب صححنا عفو المورث استحسانا ولمراعاة الواجب بالسبب صححنا عفو الوارث استحسانا وهذا لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وقال فمن تصدق به فهو كفارة له فيجب تصحيحه ما أمكن والله أعلم

باب العفو عن القصاص

(قال رحمه الله) العفو عن القطع والضربة والشجة والجراحة يكون عفوا عن السراية وبيانه أن من قطع يد انسان أو شجه موضحة فقال المجني عليه عفوت عن القطع أو عن الشجة فان اقتصر جاز العفو بالاتفاق وان سرى الى النفس فالعفو باطل فى قول أبى حنيفة وفى القياس يلزمه القصاص وفى الاستحسان تلزمه الدية فى ماله وقال أبو يوسف ومحمد العفو صحيح ولا شئ عليه وأما اذا قال عفوتك عن الجناية أو الشجة وما يحدث منها أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو بالاتفاق وهما يقولان عفى عن حقه لانا قد بينا أن بعد السراية الحق ثابت فى الطرف فقبل السراية أولى والدليل عليه أن العفو فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء بدليل أنه لو اقتصر فيهما جميعا لم يضمن شيأ ثم الاذن فى الابتداء بهذه الالفاظ

يسقط ضمان السراية فكذلك العفو فى الانتهاء وهو بمنزلة مالو كان العفو بلفظ الجناية والدليل عليه هو أن سبب ثبوت الحق الشجة ولولاه لما صح العفو عن الجناية أو عن الجراحة وما يحدث منها فاذا عفي عن الشجة صار أصل السبب هدرا فالسراية التى تنبنى عليه تكون هدرا أيضا والدليل عليه أن معنى قوله عفوتك عن الشجة أي عن موجب هذه الشجة وموجبها القصاص فى الشجة اذا اقتصر وفى النفس اذا سرى فيصرف العفو اليهما كما لو قال المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب بالغصب وهو رد العين عند قيامها ورد القيمة بعد هلاكها وكذلك المشترى اذا أبرأ البائع عن العيب يكون ذلك ابراء عن موجب العيب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد والدليل عليه ما قال في الجامع الصغير لو أن عبدا قطع يد انسان فصالح مولاه عن القطع على أن يدفع العبد اليه فأعتقه المجنى عليه ثم مات قال العتق نافذ والعبد صلح بالجناية فاذا كان الصلح علي القطع صلحا عن السراية فكذلك العفو وقال فى الزيادات لوادعى رجل شجة مع السراية وشهد له شاهدان أحدهما بالشجة والآخر بها وبالسراية تقبل شهادتهما علي الشجة ولو لم تكن الشجة حقه بعد السراية لما قبلت الشهادة لاختلاف الشاهدين فى المشهود به وأبو حنيفة يقول عفا عن غير حقه فلا يصح لان العفو اسقاط الحق فاذا صادف ما ليس بحقه كان باطلا وبيانه أنه عفا عن اليد وحقه فى النفس لما بينا أن بالسراية يتبين أن أصل الفعل كان قتلا وموجب القتل القصاص فى النفس دون اليد والدليل عليه ان المعتبر فى الجنايات مآلها لا حالها (ألا ترى) ان أصل الفعل قد يكون موجبا للقصاص وبالسراية يتبين انه كان غير موجب كما لو قطع يده من المفصل فسرى الى نصف الساعد فباعتبار المآل هاهنا يتبين انه لم يكن حقه فى اليد قصاصا (ألا ترى) انه بعد السراية لو قال الولي عفوتك عن اليد لم يصح فكذلك قبل السراية ولو قال المجنى عليه عفوتك عن القتل ثم اقتصر لم يصح فكذلك اذا قال عفوتك عن اليد فسرى ولا معنى لماقال انه عفا عن موجب اليد لانه لما قال عفوتك عن القطع فمعناه عن قطع واجب مقابل هذا القطع لا عن هذا القطع الذى تحقق لان العفو عنه لا يتحقق وقد تبين انه لم يكن قطع واجب بمقابلة هذا القطع وقوله بان هذا القطع سبب حقه قلنا القطع سبب حقه فى اليد لا سبب حقه فى النفس بل حقه فى النفس القتل لان القطع السارى لا يقول انه قطع ثم قتل أو قطع يصير قتلا بمنزلة قنص يصير صيدا ولكنه يتبين أنه

كان قتلا فى الاصل لان القتل فعل مزهق للروح وانما انزهق هذا الروح عقيب هذا الفعل فعرفنا انه قتل ولهذا صح العفو بلفظ الجناية لان اسم الجناية يتناول القتل وما دونه (ألا ترى) انه لو قال لاجناية فى قتل فلان ثم ادعى عليه النفس أو مادون النفس لم تسمع بخلاف القطع فهو اسم خاص لما دون النفس حتى لو قال لاقطع لى قبل فلان ثم ادعى عليه النفس صحت الدعوى وكذلك اذا قال عفوتك عن القطع وما يحدث منه لان ذلك عبارة عن النفس وقد تبين أن حقه كان فى النفس فصح العفو وهذا بخلاف المأذون فى الابتداء لان الاذن صادف محلا هو حقه فيصير المأذون قائما مقام الاذن فى اقامة الفعل فيه فكانه فعل بنفسه وبخلاف مالو اقتصر لانه تبين هناك ان فعله كان قطعا وان حقه فى قطع واجب بمقابلة هذا القطع فاما اذا دفع العبد باليد فالصلح هناك باطل عند أبي حنيفة اذا سرى قبل أن يعتقه الا ان عتقه انما ينفذ لانه مقبوض بحكم صلح فاسد فيصير مملوكا فينفذ فيه العتق ثم من حيث الظاهر انما دفع العبد باليد ومن حيث المعنى قصد المولى دفعه بالجناية فاذا لم يتصل به مالا يمكن فسخه وهو العتق اعتبرنا الظاهر وقلنا اذا سرى فالصلح باطل واذا اتصل به مالا يمكن فسخه اعتبرنا المقصود وهو الدفع بالجناية فقلنا العتق نافذ والعبد صلح بالجناية يوضحه ان هناك نفذ العتق لكونه مملوكا له وان كان بسبب فاسد ويضمن قيمته لمولاه ثم المجنى عليه يستوجب القيمة على المولى أيضا لانه دفعه على وجه لم يصر به مختارا فكان مستهلكا فيلزمه قيمته فتقع المقاصة بين القيمتين فلهذا قال العتق نافذ والعبد صلح بالجناية وأما مسئلة الجامع فقيل انه قول محمد ثم انما يتبين ان الحق فى النفس اذا ثبتت السراية ولم تثبت لان الشاهد بها واحد وبدون السراية الحق فى الشجة وقد اتفق الشاهدان عليه ولا يقال المدعى يتبرأ من الشجة لانه انما يتبرأ منها اذا ثبت حقه فى النفس ولم يثبت فهو بمنزلة ما لو ادعى بيع عين من انسان بثمن وأنكر المشترى وحلف بنفى العين عن ملك المدعي لانه انما يتبرأ من ملك العين اذا ثبت حقه فى الثمن ولم يثبت ثم فى القياس يجب القصاص عند أبي حنيفة لان العفو لما حصل من غير حقه كان وجوده كعدمه ولكن فى الاستحسان قال حقه فى الصورة عند العفو ماأضاف اليه العفو وان تبين في الاخيرة أنه غيره وكذلك ماأضاف اليه العفو هو السبب لثبوت حقه فى النفس ظاهرا ليصير ذلك شبهة فى رد القود وقد قال فى مسأله الجامع الصغير لو لم يعتق العبد حتى سرى فالصلح باطل والقصاص واجب عند أبي حنيفة قيل ماذكر هذا حق بسبب

القياس وقيل بل أبو حنيفة يفرق فيقول هناك الصلح مضاف الي العبد والعبد ليس بسبب لثبوت حقه في النفس فيصير ذلك شبهة في اسقاط القود ثم بني علي هذا الفصل مسئلة التزويج علي الجراحة بالجناية وقد تقدم بيانها في كتاب الصلح والعفو عن دم العمد جائز في المرض من جميع المال لان دم العمد ليس بمال رب المرض انما يلحقه الحجر عن التصرف في ماله لحق ورثته فيما ليس بمال المرض والصحة فيه سواء والقاتل وغير القاتل فيه سواء (ألا ترى) أنه لو أعان انسانا بيديه لا يعتبر ذلك من ثلث ماله وان كان ذلك الرجل قاتلا له وعلي قول الشافعي عفوه في القصاص صحيح ولكن في حق المال باطل لان العمد عنده موجب للمال ولا وصية للقاتل والعفو عن أحد القاتلين لا يبطل القود عن الآخر وكذلك الصلح مع أحدهما لان القصاص لزمهما بالقتل ثم سقط أحدهما بالعفو ودم أحدهما متميز عن دم الآخر فسقوطه عن أحدهما لا يورث شبهة في حق الآخر بخلاف ما اذا لم يجب القصاص علي أحد القاتلين لان هناك الفعلان اجتمعا في محل واحد وأحدهما موجب والآخر غير موجب ودم المقتول لا يتميز بعضه عن بعض قال ولكل وارث في دم العمد نصيب بميراثه يجوز فيه عفوه وصلحه أما الديه اذا وجبت بالقتل فلكل وارث فيها نصيب عندنا وقال مالك لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيأ لان وجوبها بعد الموت والزوجية تنقطع بالموت وحجتنا في ذلك حديث الضحاك بن سفيان الكلابي [illegible] الله صلى الله عليه وسلم فأمره أن يورث امرأة أشيم الضبابي من عقل [illegible] رحمه الله وقد كان عمر يقول لا يرث الزوج والزوجة من الدية ثم رجع الى هذا الحديث وعن علي رضي الله عنه [illegible] يقسم الدية علي من احرز الميراث وعنه قال اذا أوصى الرجل بثلثه دخلت فيه [illegible] ولان [illegible] آثار أوليائه حتى يقضي منه ديته [illegible] جميع ورثته كسائر الاموال وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا وعلي قول ابن أبي ليلي لا يثبت حقهما في القصاص لان سبب استحقاقهما [illegible] لا [illegible] يثبت الوصي له لا يثبت في القصاص وهذا لان [illegible] وذلك [illegible] لا [illegible] بعضهم بعضا وحجتنا في ذلك [illegible] فلورثته والقصاص [illegible] لان [illegible] جميع ورثته [illegible] عليه أن استحق الارث والزوجة كا[illegible] ولا [illegible] بالولد وبه

فارق الوصية وبهذا تبين ان الاستحقاق ليس بالعقد واذا كان دم العمد بين رجلين فعفى أحدهما فلا قود على القاتل لما روي أن هذه الحادثة وقعت فى زمن عمر رضى الله عنه فشاور فيها ابن مسعود فقال أرى هذا قد أحيا بعض نفسه فليس للآخر أن يتلفه فأمضي عمر رضى الله عنه القضاء على رأيه وهو المعنى فان العافى أسقط حقه وهو من أهل الاسقاط فصح اسقاطه وباسقاطه حق بعض نفس القاتل والآخر يعجز عن استيفاء حقه لان القتل لا يحتمل التجزى فى نفس واحدة استيفاء ثم القصاص فى نفس واحدة كما لا يتجزأ وجوبا لا يتجزأ سقوطا واذا ثبت أن الآخر تعذر عليه استيفاء حقه قلنا انما تعذر استيفاؤه لمعنى فى القاتل وهو مراعاة الحرمة لبعض نفسه فكان فى معنى الخطأ فيجب المال للآخر ولا يجب للعافى شئ لان تعذر استيفاء القصاص فى حقه كان باسقاطه ثم للآخر نصف الدية فى مال القاتل لان سببه العمد المحض ويكون فى ثلاث سنين عندنا وقال زفر فى سنتين لانه ما وجب للآخر الا نصف الدية ونصف الدية يكون مؤجلا فى سنتين كما لو قطع يد انسان ولكنا نقول حقهما فى بدل النفس وبدل النفس مؤجل فى ثلاث سنين اذا وجب بالقتل كالاب اذا قتل ابنه عمدا والذى وجب للآخر جزء من بدل النفس فكل جزء منه كذلك واذا كان دم العمد بين اثنين فشهد أحدهما على الآخر أنه قد عفى فهذا على أربعة أوجه ان صدقه فى ذلك القاتل والمشهود عليه فللشاهد نصف الدية لان ثبوت العفو من الآخر بتصادقهما عليه كثبوته بالمعاينة وان كذباه فى ذلك فللمشهود عليه نصف الدية ولا شى للشاهد لانه تعذر على المشهود عليه استيفاء نصيبه من القود لا لمعنى من جهته بل بشهادة الشريك عليه بالعفو وهو فيما يشهد به عليه متهم فيكون كاذبا فى حقه ويجعل ذلك بمنزلة انشاء العفو من الشاهد فيسقط حق الشاهد ويجب نصف الدية للمشهود عليه وان صدقه القاتل وكذبه المشهود عليه فلكل واحد منهما نصف الدية في مال القاتل اما المشهود عليه نصف الدية لما قلنا فان القاتل والشاهد لا يصدقان عليه فى اسقاط حقه وأما الشاهد فقد زعم أن نصيبه انقلب مالا بعفو شريكه وصدقه القاتل بذلك وأما اذا كذبه القاتل وصدقه المشهود عليه ففى القياس لا شئ لواحد منهما على القاتل لان حق الشاهد قد سقط بغير عوض فان شهادته بالعفو فى حق من كذبه وهو القاتل بمنزلة انشاء العفو وأما المشهود عليه فلانه قد أقر بالعفو المسقط

لحقه وفى الاستحسان يجب نصف الدية للشاهد لانه لما كذب القاتل الشاهد فقد وجب نصف الدية على القاتل للمشهود عليه بدليل ان المشهود عليه لو لم يصدق الشاهد كان له من المشهود عليه على القاتل نصف الدية فالمشهود عليه بهذا التصديق حول ذلك النصف الى الشاهد وزعم ان نصف الدية للشاهد على القاتل لا له ومن أقر لانسان بشئ فأقر المقر له لغيره به لا يصير رد الاقرار الاول ولكن يحول الحق الى الثانى باقراره أو كان شهد معه آخر لان الشاهد من الوليين بشهادته على العفو متهم فانه يقصد بشهادته أن يحول نصيبه الى المال فلم يكن مقبول الشهادة وبشهادة الواحد لا يثبت العفو على الشريك ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه انه قد عفا والقاتل لا يدعى ذلك ولا ينكره فان شهدا على التعاقب فالذى شهد أول مرة قد بطل حقه لان شهادته بمنزلة عفوه ووجب لصاحبه نصف الدية فلا يبطل ذلك بشهادته بعد ذلك على شريكه بالعفو وان شهدا معا فلا شئ لواحد منهما فى هذا الفصل لان كل واحد منهما بمنزلة العافى فيسقط حقهما منه بغير عوض وكذلك لو كذبهما القاتل وان صدق القاتل أحدهما وكذب الآخر أعطى الذى صدق نصف الدية وبطل حق الآخر لان كل واحد منهما يدعى لنفسه نصف الدية عليه وقد صدق أحدهما فيلزمه نصف الدية له وكذب الآخر وهو قد صار فى حقه كالعافى وان صدقهما أنهما قد عفوا ينبغى فى قياس هذا القول أن يضمن الدية لهما لانه صار يقر لكل واحد منهما بنصف الدية على نفسه كما اذا صدق أحدهما ولكن فى الاستحسان لا ضمان عليه لواحد منهما لان فى تصديقه اياهما تكذيبهما فكل واحد منهما يزعم أنه ما عفا وانما عفا شريكه وهو اذا زعم أنهما عفوا فقد صار مكذبا لكل واحد منهما وقد يتبين انه لو كذبهما جميعا لم يكن لكل واحد منهما عليه شئ من الدية ولو كان الدم بين ثلاثة نفر فشهد اثنان على الثالث أنه قد عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى أنفسهما نفعا بشهادتهما فان نصيبهما من القصاص ينقلب مالا بها وقد سقط القود لاقرارهما بذلك فان كذبهما القاتل أعطى المشهود عليه ثلث الدية ولم يكن للشاهدين شئ لما بين ان شهادتهما كانشاء العفو منهما وان صدقهما أعطاهما الدية اثلاثا لاقراره للشاهدين بما ادعيا عليه من ثلثى الدية وان لم يصدق ولم يكذب فهو بمنزلة التكذيب والشهادة على الصلح بذلك كالشهادة على العفو فان كان معهم شريك رابع لم يشهد ولم يشهد عليه فله حصته من الدية لانه تعذر عليه استيفاء القود لا بمعنى من جهته مع بقاء المحل ثم العفو عن القود مما يثبت مع الشهادة فيثبت بالابدال مع الحجج كالمال

وان ادعى القاتل العفو على الورثة ولا بينة له حلف الوارث على ذلك لانه يدعي عليه ما لو أقر به لزمه فان حلف أحد بالقصاص لا يحلف بل بالقتل السابق ولكن يحلفه كما اتقى ما ادعاه من العفو وان نكل عن اليمين بطل حقه لان نكوله كاقراره ولشركائه حصتهم من الدية كما لو أقر الناكل العفو وأن شهد شاهدان للقاتل أنه صالح على الدية وانهما كفلا عنه بعد ذلك في غير صلح والولي منكر لذلك لم تجز شهادتهما اذ ذكرا أن الكفالة كانت في الصلح لان الصلح المشروط فيه كفالة الكفيل بعينه لايتم الا بقبوله فانما يشهدان على عقد تم بهما وهو الصلح الذي تم بكفالتهما فيكون هذا شهادة على فعل أنفسهما فلا تقبل وان ذكرا أنها بعد الصلح فشهادتهما على الصلح جائزة لانهما أجنبيان لا تهمة في شهادتهما ويؤخذان بالكفالة باقرارهما على أنفسهما ولا يرجعان بذلك على الذي كفلا عنه الا أن يكون أمرهما بذلك لان الكفيل بغير الامر متبرع فيما يلتزم ويؤدي وان ادعى الولي شهادتهما وجحد ذلك القاتل جازت شهادتهما على أنفسهما لان القود قد سقط بدعوى الولي الصلح وقد أقر بوجوب المال عليهما وعلى القاتل ويلزمهما ما أقرا به على أنفسهما ولا يرجعان على القاتل بشيء لان اقرارهما ليس بحجة عليه واذا شهد شاهدان بالعفو وقضى القاضي ثم رجعا فلا ضمان عليهما لان القود ليس بمال والشاهد عند الرجوع انما يضمن ما أتلف من المال بشهادته فأما ما ليس بمال فيما هو مبتذل لا يكون مضمونا بالمال عند الاتلاف وقد بينا هذا في الرجوع عن الشهادات وان لم يقض القاضي بشهادتهما حتى رجعا فالقصاص كما هو على حاله لان الشهادة لا توجب شيأ ما لم يتصل بها القضاء فاذا لم يقض القاضي هاهنا لم يسقط القود لانعدام المانع من استيفاء القود واختلاف شهود العفو في الوقت والمكان لا يمنع قبول الشهادة لان العفو قول يعاد ويكرر فيكون الثاني هو الاول ولو شهدا على أحد الورثة بالعفو ولم يعرفوا انه هو فشهادتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول وجهالته تمنع القاضي من القضاء بشهادتهما فيبقى القصاص كما كان ولو شهد أحدهما أنه عفا على ألف درهم وشهد الآخر أنه عفا على غير جعل فالشهادة باطلة لاختلافهما في المشهود به وهو نظير [illegible] فيه بهذه الصفة وكذلك ان شهد أحدهما بالصلح بألف والآخر بخمسمائة لان القاتل لا بد أن يدعي شهادة أحدهما وهو الذي شهد بخمسمائة فيكون مكذبا لشهادة الآخر وهو شهادة من شهد بألف وان لم يدعه القاتل وادعاه الولي فهذا منه اقرار بالعفو وقد سقط حقه في القصاص ثم لا يدعي بشيء من المال

عند أبي حنيفة لما ذكرنا ان المدعي مكذب أحد الشاهدين وعندهما يقبل في الاقل لان مدعي ألف مدع بخمسمائة ضرورة فهذا بمنزلة اختلافهم في دعوى المال مطلقا وكذلك ان شهد أحدهما بالصلح على عبد والآخر بالصلح على ألف درهم لان كل واحد منهما شهد بعقد آخر والمدعي لا بد أن يدعي أحد العقدين فيكون مكذبا شهادة الآخر وعفو الاب والوصي عن قصاص واجب للصغير باطل لانه فوض اليهما استيفاء حقه شرعا لا اسقاطه واسقاطه القصاص كاسقاطه دينا واجبا للصبي فاما استيفاء القصاص فيؤل للاب أن يستوفي القصاص الواجب للصغير في النفس وما دون النفس عندنا وقال الشافعي ليس له ذلك لان من أصله أن الابن يتخير بين استيفاء القصاص واستيفاء الدية والاب بهذا الاستيفاء يقطع عليه خياره وذلك لا يصلح منه ثم المقصود من القصاص التشفي والانتقام وذلك لا يحصل للصغير باستيفاء أبيه والدليل عليه أن الصغير اذا بلغ ربما يميل الى العفو فلو استوفاه الاب كان ذلك استيفاء مع شبهة العفو وأصحابنا رحمهم الله يقولون ولاية الاب على ولده الصغير في استيفاء حقوقه كولايته على نفسه (ألا ترى) انه يجمع المال والنفس جميعا وانما تثبت له هذه الولاية نظرا للصبي وفي استيفاء القود نظر له لانه ربما يفوت بموت القاتل أو بهربه فالظاهر انه اذا لم يستوف القصاص على فور القتل فعل ما لا يتمكن من استيفائه بعد ذلك ثم المقصود يحصل للصبي باستيفاء أبيه اذا بلغ لانه اذا لم ير قاتل وليه بعد البلوغ وعلم انه قتل قصاصا حصل التشفي نظير ما لو زوجه الاب فانه يصح وان كان المقصود يحصل له بعد البلوغ على أن المقصود أن يندفع عنه شر القتل وذلك يحصل باستيفاء أبيه في الحال وشبهة عفو بتوهم وجوده في الحال تمنع استيفاء القود فاما شبهة عفو بتوهم اعتراضه في الثاني فلا يمنع لانه مامن ولي الا ويتوهم أن يبدو له فيعفو ولا معنى لما قال ان فيه قطع خياره لان للاب أن يبيع مال ولده ولو بلغ الصبي قبل البيع كان مخيرا بين استيفاء العين وبين ازالته بالبيع ثم لم يكن بيعه قطعا لخياره فهذا مثله وليس للوصي أن يستوفي القصاص في النفس لان تصرف الولي مقصور على المال والقصاص في النفس ليس بمال وفي استيفاء الوصي القصاص في الطرف روايتان أظهرهما أن له أن يستوفي لان الطرف يسلك به مسلك الاموال بدليل أنه يعتبر فيه التساوي في البدل وفي الرواية الاخرى ليس له أن يستوفي لان القصاص في الطرف ليس بمال كالقصاص في النفس فان صالح الاب على ابنه جاز صلحه لانه يملك الاستيفاء وهو في ذلك كالقصاص

الواجب له فكذلك الصلح على الدية وان حط من الدية لم يجز حطه واليسير والفاحش في ذلك سواء بخلاف البيع لان البدل هناك غير مقدر شرعا وهنا مقدر وهو الدية فالنقصان عنه يكون اسقاطا فلا يصح منه قل أو كثر وصلح الوصي عن النقصان فى النفس على الدية يجوز فى رواية هذا الكتاب ولا يجوز فى رواية الصلح وقد بينا الروايتين واذا لم يكن للمقتول ولى سوى السلطان فقد بينا الكلام فيه فى اللقيط وان كان للدم وليان أحدهما غائب فادعى القاتل ان الغائب عفا عنه وأقام البينة على ذلك وأبى قتله وأجيز العفو من الغائب لان الحاضر خصم عن الغائب فانتصب هنا الحاضر خصما عن الغائب واذا قضى بالعفو ثم حضر الغائب لم يعد عليه لان القضاء اتصل بالبينة على من هو خصم ويكون للحاضر حصته من الدية واذا ادعي عفو الغائب ولم يكن له بينة فأراد أن يستحلف فانه يؤخر حتى يقدم الغائب فيحلف لانه لو استحلف الحاضر على ذلك كان بطريق النيابة والنيابة لا تجرى فى الأيمان وليس للحاضر استيفاء القود مالم يقدم الغائب قبل دعوى العفو فبعد دعوى العفو أولى فاذا قدم فحلف اقتص منه فان ادعى بينة حاضرة على العفو أجله الحاكم ثلاثة أيام لانه لا يتمكن من اقامة الحجة الا بمهلة وانما لم يحضر شهوده فى المجلس الاول على ظن أن الخصم لا ينكر العفو فلا بد من امهاله الى المجلس الثانى وقد كان القاضى فيهم يجلس بنفسه فى كل ثلاثة أيام اذ الثلاثة مدة حسنة لابلاء الاعذار كما فى شرط الخيار فان مضت الثلاثة ولم يأت بهم وادعى بينة غائبة فهما سواء فى القياس وينبغى فى قياس قولنا أن يمضى القضاء عليه بالقصاص كما فى المال اذا ادعى بينة غائبة على الابراء وهذا لان السبب المطلق لاستيفاء القصاص قد ظهر والمانع موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق فليس كل غائب يؤوب قال ولكنى أستعظم ولا أعجل فيه بالقصاص حتى أثبت فيه واستأنى به ولا أعجله لان استيفاء القصاص اذا وقع الغلط فيه لا يمكن التدارك والتلافى وعلى الامام أن يتثبت فى مثله ثم القصاص لا يستوفى مع الشبهة فباعتبار توهم حضور شهوده يتأنى فيه القاضي حتى لا يكون مستوفيا مع الشبهة بخلاف المال واذا شهد شاهدان على أحد الورثة بعينه بالعفو أو بانه أقر ان فلانا لم يقتل فالشهادة جائزة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عايناه عفا أو أقر بذلك سقط القصاص سواء أقر بذلك فى صحته أو مرضه لان العفو عن القود ليس بمال واذا كان الدم بين اثنين فعفا أحدهما ثم قتله الآخر عمدا فان لم يعلم بعفو الشريك أو علم بذلك ولم يعلم

ان يعفو أحدهما يسقط القود فعليه الدية كاملة فى ماله عندنا وقال زفر عليه القصاص وان كان فقيها يعلم أن القود يسقط بعفو أحد الشريكين فعليه القصاص أما زفر فيقول القود سقط بعفو أحدهما علم الآخر أو لم يعلم اشتبه عليه حاله أو لم يشتبه فانما بقى مجرد الظن فى حق الآخر والظن غير مانع من وجوب القصاص بعد ما تقرر سببه كما لو قتل رجلا على ظن أنه قتل وليه ثم جاء وليه حيا كان عليه القصاص *وحجتنا فى ذلك أنه قد علم وجوب القصاص وما علم ثبوته فالاصل بقاؤه ما لم يعرف المسقط فاذا لم يعلم العفو كان القصاص واجبا فى حقه ظاهرا والظاهر يصير شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات وكذلك اذا علم بالعفو ولم يعلم أن القود سقط به لان الظاهر أن تصرف الغير فى حقهم غير نافذ وسقوط القود عند عفو أحدهما باعتبار معنى خفى وهو ان القصاص لا يحتمل التجزى فانما اشتبه عليه حكم قد يشتبه فيصير ذلك بمنزلة الظاهر فى ايراث الشبهة بخلاف ما اذا علم بالعفو فان هناك قد ظهر المسقط عنده وأقدم على القتل مع العلم بالحرمة وقد يجوز أن يسقط القود باعتبار ظنه كما لو رمى الى شخص ظنه كافرا فاذا هو مسلم واذا سقط القود عنه بالشبهة لزمه الدية فى ماله لان فعله عمد ثم يحسب له منها نصف الدية لان بعفو الشريك وجب له نصف الدية على هذا الذى قتله فيكون نصف الدية قصاصا بنصف الدية ويؤدى ما بقى واذا وجب القصاص على رجل فقتله ولى الدم بسيف أو عصا أو وقع فى بئر حفرها فى الطريق أو عثر بحجر وضعه فى الطريق لم يكن عليه فى ذلك شئ لان دم من عليه القصاص فى حق من له القصاص كالمباح فان الدم لا يملك وانما تمكن من استيفاء القصاص بطريق الاباحة وذلك يمنع وجوب الضمان عليه اذا صار قاتلا له بالمباشرة أو بالسبب يوضحه أن هذا بمنزلة استيفاء القصاص منه وان لم يكن بطريقه لان استيفاء القصاص بفعل يتصل به زهوق الروح وقد وجد ذلك منه بطريق التسبب أو بطريق المباشرة فان كان له وليان فعفا أحدهما ثم أصابه هذا الآخر بعد العفو فعلى عاقلته الدية فى جميع ذلك الا بالسيف فهو فى ماله لان القود سقط بعفو أحدهما وصار فى حكم القتل وجب لغيره كان مسبوق ... لان ... أخذ الدية أولياء القتيل خطأ رجع هذا القاتل خطأ بنصف الدية التى أخذها ... مقتول خطأ لانه بعفو شريكه انقلب نصيبه مالا وكان ذلك فى ذمة القاتل وبدل نفسه بمنزلة تركته فيستوفى منه ما كان واجبا له فى ذمته ولا مقاصة هاهنا لاختلاف ... بدل نفسه على عاقلة ولى الدم

الذي لم يعف ولو قتله غير الولي بغير أمر الولي عمدا أو خطأ بطل دم الاول ولا شئ لوليه ويكون على القاتل الآخر القصاص فى العمد والدية على عاقلته فى الخطأ لان حرمة نفسه فى حق غير الولي قائمة كما كانت وسقط حق المولى لفوات محله وقد بينا ان الثابت فى حقه اباحة الاستيفاء أو الملك فى حق الاستيفاء خاصة وذلك لا يتحول الى البدل كملك الزوج فى زوجته لا يثبت فيه البدل اذا وطئت بالشبهة واذا قتله فقال الولى أنا كنت أمرته فان أقام بينة على هذا فلا شئ على القاتل الثانى لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فان لم يكن له بينة فعليه القصاص فى العمد والدية على عاقلته فى الخطأ لانه أقر بما لا يملك استيفاءه لان حقه قد سقط لفوات المحل فهو فيما يدعى بعد ذلك كاجنبي آخر وبدل نفس المقتول الثانى واجب لورثته ولا قول لولى الاول فى اسقاط حقهم قصاصا كان أو مالا والله أعلم بالصواب

باب العفو فى الخطأ وغير ذلك

(قال رحمه الله) رجل قتل رجلا خطا فالدية بين جميع الورثة والموصي له بالثلث كسائر التركة لان الدية مال هو بدل نفسه فيكون تركة له بعد موته كسائر أمواله وقد بينا الاختلاف فى الزوج والزوجة وقد كان فى السلف من يقول لا شئ للاخوة للأم من الدية وانما الدية للعصبات خاصة وقيل هو قول عمر رضي الله عنه الاول ولهذا ذكر فى الاصل عن علي رضى الله عنه أنه كان ينسب عمر رضى الله عنه الى الظلم مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وفى رواية أينما دار الحق فعمر معه وقد صح رجوع عمر عن هذا حيث روى له الضحاك بن سفيان الكلابى الحديث كما روينا ولا حق للموصي له بالثلث فى دم العمد لان موجبه القصاص وليس بمال ولا يحتمل التمليك بالعقد وكما لا يثبت له حق الشركة فى الاستيفاء فكذلك لا يعتبر عفوه فيه فان صولح القاتل علي مال دخل فيه الموصي له لانه الواجب بدل نفسه فيكون تركة له يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه بمنزلة الواجب فى قتل الخطأ ثم هو شريك لورثته فى التركة فيجوز عفوه بعد الصلح فى نصيبه كما يجوز عفو الوارث وليس للغرماء عفو فى عمد ولا خطأ أما العمد فلان موجبه ليس بمال ولا حق للغرماء فيه وأما الخطأ فلانه ليس فى عفوهم عن الدية اسقاط شئ من ديتهم وانما ولاية التصرف لهم فى محل حقهم فذلك لان هذا التصرف منهم محل حقهم كان باطلا واذا عفا الرجل عن دمه وهو

خطأ ثلثه في مرضه الذي مات فيه جاز عفوه من ثلثه لان الواجب الدية على عاقلته فيكون عفوه وصية منه للعاقلة وذلك صحيح من ثلثه وما فيه من الاشكال بيناه في الوصايا فان كان أوصى مع ذلك بوصايا تحاص أهل الوصايا والعاقلة في ثلثه فسقط عن العاقلة حصتهم وما سوى ذلك من نصيب أصحاب الوصايا والورثة يكون مؤجلا على العاقلة في ثلاث سنين اعتبارا للبعض بالكل وهذا تبيان ان الواجب على العاقلة لانه لو كان على القاتل لكان الاجل سقط بموته فان أعتق عبدا بديء به من الثلث لان العتق أقوى سببا من سائر الوصايا ومن العفو فانه اسقاط للرق بمنزلة الابراء عن دين آخر وان لم يعف الميت ولكن عفا بعض الورثة بطلت حصة العافي الا أن يكون على الميت دين مستغرق وهو بمنزلة الابراء عن دين آخر اذا شهد شاهدان من الورثة على بعضهم أنه عفا عن حصته والقتل خطأ فشهادتهما جائزة لانهما لا يجران الى أنفسهما شيأ بشهادتهما بخلاف العمد فهناك ينقلان حقهما من القصاص الى الدية بشهادتهما ولو كان الشاهدان أخذا طائفة من الدية ثم شهدا بذلك لم تجز شهادتهما لانهما يدفعان حق الثالث عن أنفسهما وقد كان للوارث الآخر حق المشاركة معهما فيما أخذا وانما يسقطان ذلك بشهادتهما لانهما ولو لم يأخذا شيأ حتى شهدا على الثالث انه أخذ مالا وصالح عليه لم تجز شهادتهما لانهما يجران بها الى أنفسهما مغنما فانه يثبت لهما حق المشاركة مع القابض في المقبوض وشهادة جار المغنم أو دافع المغرم لا تقبل وان شهد وارثان على المقتول أنه عفا عند موته عن القاتل فشهادتهما جائزة والعفو من الثلث فانه لا تهمة في شهادتهما فاذا شهد شاهدان على عفو الورثة وهم كبار فاجازه القاضي وأبرأ القاتل ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الدية لان الواجب كان هو المال للورثة وقد أتلفا ذلك عليهم بشهادتهما فيضمنان عند الرجوع كما لو شهدا بالابراء عن دين آخر ولو شهد شاهدان في دم العمد على أحد الورثة بعينه أنه أخر القاتل اليوم الى الليل على ألف درهم لم يكن ذلك عفوا ولا صلحا لانه ثبت بالبينة كالثابت بالمعاينة وليس في هذا التأخير اسقاط شيء من القود والقود واجب له في حكم العين فالتأجيل فيه يكون باطلا وذ[illegible] تأخيره شهرا [illegible] منه ألف درهم على أن يعفو عنه [illegible] فهذا عفو وهو صحيح [illegible] لان العفو اسقاط القود وهو لا يقبل التوقيت فيلغو التوقيت [illegible] ويصح العفو بمال سمى [illegible] وذكر عن زيد بن وهب قال وجد رجل مع امرأته رجلا فقتلها بالسيف فجاء بعض اخوتها

مما فعلت فعفا عنه بجعل عمر رضي الله عنه للذى لم يعف حصته من الدية ولو ان رجلا أخذ السكين فوجأ به رأس انسان فأوضحه ثم جر السكين قبل أن يرفعها حتى شجه أخرى فهذه موضحة واحدة وعليه فيها القصاص ان كانت عمدا وأرش موضحة واحدة ان كانت خطأ لان الفعل واحد لاتحاد محله فالتوسع مبالغة منه في ذلك الفعل فلا يعطى له حكم فعل آخر ولو رفع السكين ثم وجأ الى جهة أخرى اتصل أو لم يتصل فهذه موضحة أخرى اقتص منه في العمد وعليه ارش موضحتين في الخطأ لانهما فعلان مختلفان باختلاف المحل واختلاف المباشرة فكأنهما حصلا من اثنين ثم اتصال احداهما بالاخرى على وجهين فان كان ذلك بفعله فلا شك أن عليه القصاص فيهما وان كان ذلك بان تأكل ما بينهما حتى اتصلت احداهما بالاخرى فعلى قول أبي حنيفة لا قصاص فيهما وعلى قول محمد يجب القصاص وهو بناء على ما سبق فمن أصل أبي حنيفة ان باعتبار السراية فيما دون النفس يمتنع وجوب القصاص في محل واحد وفي مجلس لان العمد المحض فيما دون النفس لا يتحقق بالسراية وعلى قول محمد اذا كانت السراية بحيث يمكن ايجاب القصاص فيها لم يمتنع استيفاء القصاص بسببها وقد بينا ذلك فيما اذا قطع أصبعا فشلت الى جنبها أخرى أو سقطت واذا فقأ الرجل عين الرجل وفي عين الفاقئ فالمفقوءة عينه بالخيار لان نقصان البصر في العين بمنزلة الشلل أو فوات الاصبع في اليد وقد بينا أن هناك ان كان النقصان في جانب الجاني فالمجني عليه بالخيار بين استيفاء القصاص وبين استيفاء الدية وان كان النقصان في جانب المجني عليه لم يجب القصاص فهذا مثله واذا لم يجب القصاص كان الواجب فيها حكم عدل لان كمال الارش باعتبار تفويت البصر الكامل ولم يوجد والقدر الباقي من البصر مع النقصان غير معلوم فيكون الواجب فيها حكم عدل كمن قطع يدا شلاء ولو قطع يد رجل وفيها ظفر مسود لو خرج لا يقصها فعليه القصاص لانه حدث في يده لم ينتقص من منفعة البطش شيأ ومثله لا يمكن نقصانا في يده كالظفر ومسواد اليد أصلا واذا ثبتت المساواة في الارش ثبت وجوب القصاص واذا قطع الرجل من كف الرجل أظفار يده ففيها حكم عدل لان هذه الجناية لا تفوت منفعة البطش ولكن يتمكن فيها نقصان فيجب باعتباره حكم عدل واذا علم أن الواجب حكم العدل ظهر أنه لا قصاص فيها لان القصاص ينبني على معرفة المساواة في البدل حقيقة واذا قطع من كف رجل أصبعا زائدة ففيها حكم عدل لان الاصبع الزائدة نقصان معنى فتفويتها

لا يمكن نقصانا فى البطش وانما يلحق به ألما وشينا فى الظاهر باعتبار الاثر فيجب حكم عدل باعتباره ولا قصاص فيها وان كان للقاطع مثل تلك الاصبع لانعدام المساواة فى البدل فبدل اليد ينقسم علي الاصابع الخمس أخماسا ولا ينقسم على الاصبع الزائدة وانما الاصبع الزائدة كالثؤلول وان قطع الكف كله فان كانت تلك الاصبع توهى الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وفيها حكم عـدل لان هذا نوع شلل من حيث انه يمكن نقصانا فى منفعة البطش وان كان لا ينقصها ولا يوهيها ففيها القصاص وفى الخطأ الارش كاملا لان ما لا يمكن نقصانا فى منفعة البطش فهو بمنزلة الصغر والضعف بسـبب المرض واذا قطع الرجـل يد الرجل من المفصـل وبرأت واقتص وبرأ المقتص منه ثم قطع أحدهما ذراع صاحبه من تلك اليد فلا قصاص فيه وان كانا سواء الافى رواية عن أبي يوسف قال اذا استويا يجب القصاص لانه قطع من المفصل فيمكن اعتبار المساواة فيه ولكنا نقول الواجب فى الذراع بعد قطع الكف حكم عدل فطريق معرفتـه التقويم فلا يعلم به حقيقة المساواة بينهما فى البدل وبدون ذلك لا يجب القصاص والله أعلم بالصواب

باب الشهادة فى القصاص

(قال رحمه الله) اذا شهد رجلان على رجل انه ضرب رجلا بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص بلغنا ذلك عن ابراهيم وهذا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وقد ظهر بموته هذا السبب ولم يعارضه سبب آخر فيجب اضافة الحكم اليه والروح لا يمكن اخذه مشاهدة وانما طريق الوصول الى ازهاق الروح هذا وهو أن يجرحه فيموت قبل أن يبرأ يوضحه انه لا طريق لنا الى حقيقة معرفة كون الموت من الضربة وما لا طريق لنا الى معرفته لا تبنى عليه الاحكام وانما يبنى على الظاهر المعروف وهو انه يضربه ويكون صاحب فراش بعده حتى يموت ولا ينبغي للقاضي أن يسأل الشهود هل مات من ذلك أم لا فى العمد ولا فى الخطأ لانه لا طريق لهم الى معرفة ذلك ولو شهدوا بذلك كانت شهادتهم [illegible] كذبة فكيف يحملهم على الكذب بالسؤال عن ذلك ولكنه اذا شهدوا انه مات من ذلك لم تبطل شهادتهم وجازت لانهم كانوا [illegible] في ذلك [illegible] كما قررنا وان كان بهذا الطريق يحصل علم القضاء للقاضي [illegible] الشهادة [illegible]

أنه لا حاجة بالقاضي أن يسألهم عن ذلك لانه يعرف ذلك بدون شهادتهم فلا يسألهم عنه ولو شهدوا به لم يبطل شهادتهم لان المشهود به الكلام الاول فهذه الزيادة لا تكون قدحا فيها بمنزلة شهادة الشهود على أن هذا ابنه ووارثه لا وارث له غيره واذا شهدوا انه ضربه بالسيف حتى مات ولم يزيدوا على ذلك فهذا عمد لان كل فاعل يكون قاصدا الى فعله فى المحل الذى باشر الفعل فيه الا أن القاضى اذا سألهما أتعمد ذلك فهو أوثق لان صفة العمدية وان ثبتت بأول كلامهما من حيث الظاهر ولكن لم ينقطع احتمال الخطأ (ألا ترى) أن الشهود لو بينوا أن ذلك كان خطأ كان ذلك بيانا موافقا لاول الكلام فسؤالهما عن العمدية لازالة هذا الاحتمال يكون أوثق وهكذا يوثق فيما اذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه والقاضى مندوب اليه وكذلك ان شهدا انه طعنه برمح أو رماه بسهم أو نشابة فهذا كله عمد (أرأيت) لو شهدا انه ذبحه أو شق بطنه بالسكين حتى مات أما كان ذلك عمدا فكذلك ما سبق لان الاسلحة فى كونها آلة القتل سواء وان شهد أحدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح أو انه ذبحه بالسكين أو شهد أحدهما انه رماه بسهم والآخر انه رماه بنشابة أو اختلفا فى مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة والمحل والوقت والمكان فانه لا يحتمل التكرار ولم يوجد على كل فعل الا شهادة شاهد واحد ولو شهد شاهدان انه قطع يده عمدا من مفصله وشهد شاهد انه قطع رجله من المفصل ثم شهدوا جميعا انه لم يزل صاحب فراش حتى مات والولى يدعى ذلك كله عمدا فانى اقضى على القاتل بنصف الدية فى ماله لان قطع الرجل لم يثبت عند القاضى فان الشاهد به واحد وقد ثبت قطع اليد من المفصل عند القاضى بشهادة الشاهدين ولكن قد أقر الولى انه مات من ذلك الفعل ومن فعل آخر لم يعلم فاعله فيكون ذلك شبهة فى اسقاط القود ويتوزع بدل النفس نصفين فيلزمه نصف الدية فى ماله لان فعله كان عمدا فلا يعقله العاقلة واقرار الولى حجة عليه فى حقه وكذلك لو شهد على الرجل شاهدان لم يزكيا لان الحجة فى الرجل لا تتم بدون عدالة الشهود فهما وما لو كان الشاهد به واحدا سواء ولو زكى أحد شاهدى اليد واحد شاهدى الرجل لم يؤخذ القاتل بشئ لان واحدا من الفعلين لم تثبت عند القاضى فان العدل من الشهود بكل فعل واحد ولا يقال قد اتفق العدلان على الحكم وهو القصاص فينبغى أن يقضى به لانه لا يمكن القضاء بالحكم الا بعد القضاء بالسبب وقد تعذر القضاء بذلك (ألا ترى)

انه لو شهد عليه رجل انه قطع أصبعا له وشهد الآخر انه استهلك له ألف درهم لم يقض القاضي عليه بشيء فان اتفقا على وجوب الالف له في ماله فان نكلوا جميعا قضيت عليه بالقصاص لان التمايز ظهر بالحجر عند القاضي فاذ طلب الولي أن يقتص من اليد والرجل لم يكن له ذلك لانه لما اتصلت بفعله السراية كان ذلك قتلا فيكون حقه في القصاص في النفس مقصودا دون الاطراف وقد بينا خلاف الشافعي في هذا ولو شهد الشاهدان عليه انه قطع يده من المفصل عمدا ثم قتله عمدا كان للوارث أن يقتص من يده ثم يقتله فان قال القاضي له اقتله ولا تقتص من يده فذلك حسن أيضا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يأمره بقتله ولا يجعل له أن يقتص في يده لان الجنايتين توالتا من واحد وهما من جنس واحد فيكونان كجناية واحدة (ألا ترى) أن في الخطأ لو قطع يده ثم قتله قبل البرء لا تجب الا دية واحدة فلهذا المعنى وهذا لان قبل البرء [illegible] الاولى [illegible] وقد فيه في حق الحكم على السراية فالفعل الثاني يكون [illegible] هذه الجناية الاولى فيجعلان جناية واحدة بخلاف ما اذا تخلل بين الجنايتين برء [illegible] واستقر حكمها بالبرء فتكون الثانية جناية أخرى بمنزلة ما لو جنايات على نفس أخرى وبخلاف ما اذا كان الجاني اثنين لان الفعل من الاول ما توقف على أن يصير بالسراية [illegible] الى شخص آخر فلا يمكن جعل الثاني اتماما للاول وبخلاف ما اذا كان أحدهما عمدا [illegible] فلا يختلف موجب فلا يمكن [illegible] جميع [illegible] [illegible] أبو حنيفة [illegible] جميع [illegible] [illegible] الخير بان يأمره [illegible] صورة وهذا منه يشهد في موضعه [illegible] صورة [illegible] لان [illegible] وهذا يتبين [illegible] في [illegible] وفي العمد [illegible] جميعا زيادة تحقيق في هذا

المقصود وكما أن القتل بعد القطع يكون اتماما للفعل الاول من وجه فقد يكون قطعا لموجب الفعل الاول بمنزلة البرء من حيث ان المحل يفوت به ولا تصور للسراية بعد فوت المحل فيجعل كالبرء من هذا الوجه فللاحتمال أثبتنا الجناية للاول تغليظا لحكم العمد ولا يعتبر ذلك فى الخطأ لانه مبنى علي التخفيف ولو كانت احدى الجنايتين خطأ والاخري عمدا أخذ بهما جميعا فان كانت الاولي خطأ فانه يجب دية اليد على عاقلته ويقتل قصاصا وان كانت الثانية خطأ فعليه القصاص فى اليد والدية علي عاقلته فى النفس لانه لا احتمال لجعل الثانى اتماما للاول عند اختلاف صفة الفعل وموجبه فيجعل بمنزلة مالو تخلل بالجنايتين برء ولو كان لكل واحدة من الجنايتين جان علي حدة وهما جميعا عمد أو خطأ أو احداهما عمد والاخري خطأ أخذ كل واحد منهما بجنايته لما بينا أن الفعل الثانى من غير الفاعل الاول لا يمكن أن يجعل اتماما للاول فكأنه تخلل بين الفعلين برء فيؤخذ كل واحد منهما بجنايته ولو شهد شاهدان ان هذا قطع يده من مفصل الكف وشهد آخر على آخر أنه قطع تلك اليد من المرفق ثم مات من ذلك كله والقطع عمد فعلي قاطع الكف القصاص فى اليد وعلى الآخر القصاص فى النفس عندنا وقال زفر والشافعى القصاص فى النفس عليهما جميعا لانه صار مقتولا بفعلين كل واحد منهما عمد محض فيلزمهما القصاص كما لو قطع أحدهما يده عمدا والآخر رجله ومات من ذلك وهذا لان بقطع يده حدث فى البدن آلام وبقطع الآخر اليد من المرفق لا تنعدم تلك الآلام بل تزداد وانما حصلت السراية لضعف الطبيعة عن دفع الآلام التى توالت عليه وفى هذا لا فرق بين ان يقطع الثانى تلك اليد أو يقطع عضوا آخر وأصحابنا قالوا فعل الثانى بمنزلة البرء فى حق الاول تنقطع به سراية الفعل الاول فكأنه انقطع بالبرء وانما قلنا ذلك لان السراية أثر الفعل ولا يتصور بقاؤها بدون بقاء محل الفعل اذ الاثر لا يقوم بنفسه وبفعل الثانى فات محل الفعل الاول وانقطاع السراية بفوات المحل أقوى من انقطاعها بالبرء لان البرء يحتمل النقص وفوات المحل لا يحتمل النقص وبه فارق ما اذا كان فعل كل واحد منهما في محل آخر لان الفعل من الثانى فى محل آخر لا يفوت محل الفعل الاول فلا يمكن أن يجعل كالبرء فى حق الاول وكذلك لو كان الفعلان خطأ كانت دية اليد على الاول ودية النفس علي الثانى عندنا والعمد والخطأ فى هذا سواء بمنزلة البرء وكذلك علي هذا الخلاف لو قطع أحدهما يده عمدا ثم حز الآخر رقبته بالسيف يجب القصاص فى النفس على الثانى والقصاص فى اليد على الاول

وعند زفر والشافعي يجب عليهما القصاص في النفس لان الروح ازهقت عقيب فعلهما فيكون مضافا الى فعل كل واحد كل واحد منهما ولا معتبر بالتفاوت في صفة الفعل ولا في مقداره كما لو قطع أحدهما أصبعا من أصابعه وجرحه الآخر عشر جراحات نحو قطع اليد والرجل وما أشبه ذلك فانه يجب القصاص عليهما اذا مات من ذلك للمعنى الذى قلنا وأصحابنا قالوا حز الرقبة قتل بيقين لانه لاتوهم للحياة معه فاما قطع اليد فقيل يشترط أن تتصل السراية به (ألا ترى) ان الغالب فيه السلامة فان القطع مشروع في موضع كان القتل حراما وهو القصاص والتعارض لا يقع بين فعلين بهذه الصفة فيجعل القتل مضافا الى ماهو مشروع له بيقين وهو حز الرقبة ويكون هذا في حق اليد بمنزلة البرء لتفويت المحل به فلهذا كان القصاص في اليد على الاول والقصاص في النفس على الثاني وكذلك لو كان الاول خطأ والثاني عمدا كان على الاول دية اليد وعلى الثاني القصاص ولو شهدا على رجلين أنهما قتلا رجلا أحدهما بسيف والآخر بعصا ولا يدريان أيهما صاحب العصا لم تجز شهادتهما لانهما لم يثبتا بشهادتهما سببا يمكن القاضي من القضاء به (ألا ترى) ان على صاحب العصا نصف الدية على عاقلته وعلى صاحب السيف نصف الدية في ماله فلا يتمكن القاضي من القضاء بشئ على واحد منهما بعينه في ماله أو على عاقلته وكذلك لو شهدا على رجل واحد بقطع أصبع وعلى آخر بقطع أخرى من تلك اليد ولا يميز ان قاطع هذه الاصبع من قاطع الاخرى لان القاضي لا يتمكن من القضاء بفعل معين على واحد منهما فان ذلك لا يكون بدون تعيين محل فعله وكذلك لو شهدا عليهما بالخطأ لا يتمكن القاضي من القضاء بالحكم بدون السبب ولو شهدا على رجل انه قطع ابهام هذا عمدا وشهدا على صاحب الابهام أنه قطع كف القاطع ذلك عمدا ثم برأ فانه يخير صاحب الكف فان شاء قطع مابقي من يد القاطع بيده وان شاء أخذ دية يده وبطلت الاصبع أما بطلان الاصبع فلفوات محلها بالفعل الثاني وأما ثبوت الخيار للثاني فلان مقطوع الابهام قطع يده الصحيحة ويد المقطوعة الابهام ناقصة باصبع وفي هذا يثبت له الخيار للمقطوعة يده ولو شهدا على رجل انه قطع يد رجل من المفصل وشهد آخران انه جرحه سبع أو سبعان أو جرح نفسه أو جرحه عبد له أو عثر فانكسرت رجله فات من ذلك كله فلا قصاص على قاطع اليد وعليه نصف دية اليد والاصل أن النفس تتوزع على عدد الجناة لا على عدد الجنايات لان الانسان قد يتلف بجراحة واحدة وقد يسلم من جراحات ثم ما اتحد حكمه

من الجراحات فى كونه هدرا يجعل فى حكم فعل واحد لان حكم الكل واحد وهو الاهدار واذا صار بعض النفس هدرا امتنع وجوب القصاص في شيء منه فيجب فيما هو معتبر حصته من الدية وعلي هذا يخرج ماذكرنا من المسائل وكذلك لو قطع رجل يد رجل خطأ [illegible] جرحه سبع وجرحه عبد له وجرح نفسه فمات من ذلك فعلى قاطع اليد ربع دية اليد لان النفس تلفت من أفعال أربعة مختلفة الحكم فان جراحة السبع هدر غير معتبرة فى حق الاثم والحكم جميعا وجرحه نفسه معتبر فى حق الاثم غير معتبر فى حق الحكم لانه ليس بسبب الحكم وجرح عبده له معتبر فى الاثم والحكم جميعا اذا كان عمدا حتى يجب القصاص فلهذا توزع بدل نفسه ارباعا فيكون ربعه علي قاطع اليد خطأ ولو جرحه سبع وخرجت به قرحة ونهشته حية وقطع رجل يده وآخر رجله فمات من ذلك كله فعلي الرجلين ثلثا الدية لان فعل السبع والحية وما خرج به من القرحة كشيء واحد فكل ذلك هدر فى حق الاثم والحكم وانما توزع النفس أثلاثا فيهدر الثلث من ذلك وعلى الرجلين ثلث الدية وكذلك لو أصابه حجر [illegible] رجل [illegible] حائط تقدم الى أهله فيه مع جراحة الرجل [illegible] على [illegible] ثلث [illegible] صاحب الحجر ثلث الدية والثلث هدر لان النفس تلفت [illegible] الحجر أو الحائط وحكم ذلك معتبر أيضا وفعل السبع وهو هدر فيتوزع بدل النفس علي ذلك أثلاثا والله أعلم

باب الوكالة فى الدم

(قال رحمه الله) وتقبل الوكالة فى اثبات دم [illegible] عى و[illegible] فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبي يوسف [illegible] محمد [illegible] مضطرب فيه ذكر مع أبي يوسف رحمه الله [illegible] أبى حنيفة [illegible] قول أبي يوسف ان الوكيل نائب عن [illegible] ولا [illegible] حتى لايثبت بكتاب القاضى الى القاضى والشهادة علي الشهادة [illegible] عليه ان المقصود هو الاستيفاء [illegible] التوكيل [illegible] يجوز [illegible] فكذلك لا يصح التوكيل انما يتوصل به الى [illegible] فيجوز التوكيل [illegible] لان كل [illegible] تجوز به [illegible]

في حقوقهم لحاجة صاحب الحق الى ذلك فقد يكون عاجزا عن اثبات حقه بنفسه والغلط متى
وقع في الاثبات أمكن تداركه سواء كان الثابت القصاص أو المال وبه فارق الاستيفاء فان
هناك اذا وقع الغلط فيه لا يمكن تداركه وتلافيه ولهذا لم يجز التوكيل فيه حال غيبة الموكل فأما
اذا وكل باستيفاء القود فليس للوكيل أن يستوفي الا بحضرة من الموكل عندنا وقال الشافعي
له أن يستوفي بغير محضر منه لانه محض حقه وبدله النيابة في الاستيفاء فيكون بمنزلة المال ولكنا
نقول القصاص [illegible] فلا يجوز استيفاؤها مع الشبهة ويجوز في استيفاء الوكيل
مع غيبة [illegible] الوكيل لا يعلم بذلك ومتى
[illegible] الاستيفاء [illegible] فأما اذا كان الموكل حاضرا فشبهة العفو تنعدم بحضوره
[illegible] ومنهم من لا يتجاسر عليه فللحاجة

دم الخطأ وفي العمد من الجراح التي لاقصاص فيها بمنزلة الوكالة بالمال لان المستحق هاهنا هو المال وهو مما يثبت مع الشبهة واذا وقع فيه الغلط أمكن تداركه والاسباب مطلوبة لاحكامها وعند اعتبار الحكم هذا دين كسائر الديون فيجوز التوكيل باثباته واستيفائه ويكون اقرار الوكيل به في مجلس الحكم نافذا على موكله واذا قتل الرجل عمدا وله ورثة صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل قصاصا في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال ابن أبي ليلي ليس لهم أن يقتلوه حتى يكبر الصغار وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي وقول مالك كقول أبي حنيفة بناء على مذهبه وهو أن استيفاء القصاص باعتبار الولاية دون الوراثة والولاية للكبير دون الصغير ولهذا لم يجعل للزوج والزوجة والاخوة لام حق استيفاء القصاص فأما عند أصحابنا فاستيفاء القصاص بطريق الخلافة ارثا ثم وجه قولهم ان القصاص أحد بدلي الدم فلا ينفرد الكبير باستيفائه كالدية بل أولى لان المال يجرى فيه من المساهلة في الاثبات والاستيفاء مالا يجرى في العقوبات ولان هذا قصاص مشترك بين الكبير والصغير ولا ولاية للكبير على الصغير فلا يملك استيفاءه كما لو قتل عبدا مشتركا بينهما والدليل عليه انهما لو كانا كبيرين وأحدهما غائب لم يكن للحاضر أن ينفرد بالاستيفاء لانعدام ولايته على الغائب فكذلك ان كان أحدهما صغيرا وهذا لان الواجب قصاص واحد فان المقتول نفس واحدة فيجب بمقابلتها قصاص واحد ويكون ذلك واجبا للمقتول بمنزلة الدية ولهذا اذا انقلب مالا فانه يقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم الورثة يخلفونه في استيفاء ما وجب له فكل واحد منهم في ذلك بمنزلة الشطر للعلة أو كل واحد منهما انما يرث جزأ منه لان استحقاق الميراث سهام منصوص عليها يسقط كالنصف والثلث والربع ويملك بعض القصاص لا يتمكن من استيفاء الكل والدليل عليه أنه لو عفا أحدهم يسقط القصاص ولو كان الواجب لكل واحد منهم قصاصا كاملا لما تعذر الاستيفاء على أحدهم بعد عفو الآخر وبالعفو ينقلب نصيب الآخر مالا وهذا الكلام يصح فيما اذا كان القصاص واجبا للمورث فمات وورثه جماعة والخلاف ثابت في الفصلين ولا اشكال ان ها هنا انما يرث كل واحد بعض القصاص وأبو حنيفة استدل بما روى أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليا رضي الله عنه قتله الحسن رضي الله عنه به قصاصا وقد كان في أولاد علي صغار ولم ينتظر بلوغهم وانما فعل ذلك بأمر علي رضي الله عنه على ما روى أنه لما بلغه ان ابن ملجم أخذ قال للحسن ان عشت رأيت فيه رأيي وان مت فاقتله

ان شئت وقال واضربه ضربة كما ضربني وفي رواية واياك والمثلة فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولا يقال انما قتله لانه كان مرتدا مستحلا لقتله امام المسلمين على ماروى أنه قتله وهو يتلو قوله تعالى ومن الناس من يشرى نفسه ابتغاء مرضات الله لانه وان كان امام المسلمين وكان قتله ذنبا عظيما فلا يصير به القاتل مرتدا انما ذلك للانبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فانه كان من جملة أهل البغي وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم (ألا ترى) أنه علقه عتبة فقال اقتله ان شئت وأخره الى مابعد موته ولو كان مرتدا لما أخر على قتله ولا يقال قتله حد السعيه في الارض بالفساد حتى قتل امام المسلمين لان الساعي بالفساد بقتل الامام لا يقتل قصاصا (ألا ترى) أنه اعتبر المماثلة بقوله فاضربه ضربة كما ضربني وقد ذكر المزني عن الشافعي قال قتل ابن ملجم عليا متا ولا فاقيد به فدل أنه قتل قصاصا ولا يقال قتله بغير رضا الكبار من ورثته فقد قال له الحسين لا تقتله بيننا فانا لا نجعله سواء بيننا وبالاتفاق عند إباء بعض الكبار وليس للبعض حق الاستيفاء وروى أنه مثل به مع نهى على اياه عن المثلة فبه تبين أنه ماقتله قصاصا وهذا لان الحسين رضي الله عنه انما قال ما قال على وجه الاهانة والاستخفاف به لا على وجه كراهة قتله قصاصا والمثلة ما كانت عن قصد من الحسن ولكنه لما رفع السيف ليضربه أبقاه بيده فأصاب السيف أصابعه وبهذا لايخرج من أن يكون قتله اياه استيفاء للقصاص والمعنى فيه أن حق الكبير ثابت في استيفاء جميع القصاص وليس في استيفائه شبهة عفو متحقق فيتمكن منه كما لو كان الوارث واحدا وانما قلنا ذلك لان القصاص يجب للورثة على سبيل الخلافة عن المورث فان وجوبه بعد موت المقتول وقد خرج المقتول من أن يكون أهلا لوجوب الحق له بعد موته الا ان ما يحصل فيه مقصوده من قضاء الدين وتنفيذ الوصية يجعل كالواجب له حكما وهو الدية فأما مالم يحصل به مقصود المقتول فيجعل واجبا للوارث الذى هو قائم مقامه والمقصود بالقود تشفي الغيظ ودفع سبب الهلاك عن نفسه وذلك يحصل للوارث فعرفنا أنه يجب له ولكن على سبيل الخلافة لان السبب انعقد على حق الميت وقد خرج عن ثبوت الحكم من أن يكون أهلا للوجوب له فيجب للولي القائم مقامه كما يثبت الملك للمولى في كسب العبد ابتاعا على سبيل الخلافة عن العبد ولهذا قلنا اذا انقلب مالا ثبت فيه حق الميت لان قضاء حوائجه يحصل به وهو بمنزلة الموصي له بالثلث لا حق له في القصاص فاذا انقلب مالا يثبت حقه فيه

وأيد ما قلنا قوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا بين أن القصاص للولي القائم مقام المقتول اذا ثبت هذا فنقول القصاص لا يحتمل التجزي وقد ثبت بسبب لا يحتمل التجزي فاما أن يتكامل فيه حق كل واحد منهم أو ينعدم لانه لا يمكن اثباته متجزئا [illegible] ينعدم باتفاق فعرفنا أنه تكامل فيه حق كل واحد منهم لا على أن تعدد القصاص في محل [illegible] ولكن [illegible] يجعل كل واحد منهم كانه ليس معه غيره بمنزلة الاولياء في النكاح [illegible] كل واحد منهم [illegible] كأنه ليس معه غيره والدليل عليه [illegible] او استوفى [illegible] يضمن [illegible] او لا القاتل ولو لم [illegible] القصاص [illegible] اذا دنا أحدهم

لان [illegible]

للامام فان شاء صالح على الدية وان شاء انتظر وليس له أن يقتص وقد بيناهذا فى وصى الاب فكذلك فى حق القاضى ولو كان مكان الصغير معتوه أو مجنون فهو على الخلاف أيضا بخلاف ما اذا كان مغمى عليه لان المغمى عليه بمنزلة النائب وهو من أهل العفو ولو كان الوصى وصى الاب كان له أن يأخذ فى حق الصغير مع الكبار فى القول الاول أراد به قول أبى حنيفة لان عنده للكبير أن يقتص وان لم يكن معه وصى فان كان معه وصى فهو أولى أما على قولهما فليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل بلوغ الصغير اذا لم يكن له وصى فكذلك مع الوصى لانه ليس للوصى حق استيفاء القصاص فى النفس وان قطعت يد الصغير عمدا كان للوصى أن يقتص وان يصالح على أرش اليد وليس له أن يعفو ولو كان القصاص فى النفس ليس له أن يقتص فى الروايات كلها ولا ان يعفو وفى الصلح روايتان وكذا لو قتل عبد الصغير لم يكن للوصى أن يقى وأما الاب فان له أن يستوفى القصاص الثابت للصغير فى النفس وفيما دون النفس وله أن يصالح وليس له أن يعفو ولو صالح على أقل من قيمته لم يجز وكان للصبى أن يرجع بتمام القيمة لانه أمر بقربان ماله بالتى هى أحسن ولهذا لايجوز بيع الاب ماله بأقل من قيمته لان الاب استوفى بعض القيمة فكان له أن يستوفى تمام القيمة بعد البلوغ حتى يصل اليه تمام حقه وقد ذكرناه فى كتاب الصلح فاذا قتل الرجل عمدا فاقام أخوه البينة انه وارثه لاوارث له غيره وأقام القاتل البينة ان له ابنا فانى لاأعجل بقتله حتى أنظر فيما جاء به القاتل وأبلو فيه عذرا لاعلم مصداقه لان القصاص أمر مستعظم اذا نفذ لا يمكن تداركه فان أقام القاتل البينة ان له ابنا وانه صالحه على الدية وانه قبضها منه درأت القصاص حتى أنظر فيما قال لانه ادعى الصلح وأقام البينة فتقبل بينته فى حق سقوط القصاص لان الاخ بنى القصاص وأنكر أن له ابنا فيقبل فى حق سقوط القصاص فان جاء الابن وأنكر الصلح كلفت القاتل اقامة البينة على الصلح ولا أجبر البينة التى قامت على الاخ لان الاخ ليس بخصم عن الابن فى حق الصلح فلم تقبل فى حق الصلح وقبلت فى حق سقوط القصاص وبمثله لو كانا أخوين فاقام القاتل البينة على أحدهما انه قد صالح أخاه الغائب على خمسمائة درهم أجزت ذلك ولا أكلفه اعادة البينة لان كل واحد منهما خصم فى اثبات القصاص فالبينة قامت على خصم حاضر فيتضمن النفاذ على الغائب وللغائب نصف الدية لان الصلح لم يثبت فى حقه أما الاخ فلانه ليس بخصم مع قيام الابن. واذا ادعى بعض الورثة دم أبيه على رجل

وأخوه غائب وأقام البينة انه قتل أباه عمدا فانى أقبل ذلك وأحبس القاتل فاذا قدم أخوه كلفهم جميعا أن يعيدوا البينة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكلفهم اعادة البينة ولو كان هذا فى دم خطأ لم يكلفوا اعادة البينة فى قولهم جميعا وأجمعوا أن الحاضر لا يستوفى القصاص لتوهم العفو منه لهما اذ كل واحد منهما من الورثة خصم عن نفسه وعن أصحابه فيما يدعي للميت ويدعى عليه كما فى الخطأ وغيره من الحقوق ولان القصاص حق الميت بدليل انه لو عفا عن الجارح صح وانقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويورث عنه ولهذا لو أقام القاتل البينة على صلح الغائب أو عفوه تقبل بينته ولو لم يكن الحق للميت لما قبلت لما فيه من القضاء على الغائب واذا كان حق الميت فاقام الواحد مقام الجميع فكانت البينة قائمة على الخصم فلا يكلف اعادتها ولابى حنيفة ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ولو كان كله حق الورثة يكلف اعادة البينة لان بعض الورثة لا يقوم مقام الكل فيما هو من خالص حقهم ولو كان حق الميت من كل وجه لا يكلف اعادة البينة فلما كان لكل واحد منهما حق كان المصير الى الاحتياط استعظاما لامر الدم واجبا ولان القصاص معدول به عن سائر الاحكام للاستقصاء (ألا ترى) ان القاتل اذا ادعى العفو وقال لى بينة على ذلك وأجله القاضي أياما ولم يقدر على اقامتها فانه لا يعجل بالقصاص ويتأنى بعد ذلك أياما هكذا ذكره محمد رحمه الله فى الاصل بخلاف سائر الحقوق ولهذا لا يجوز اقرار وكيل القاتل على موكله بالقصاص بخلاف سائر المواضع والاحتياط أن يلحق هذا بالحقوق التى هى للورثة حتى انه يؤمر باقامة البينة فربما يعجز عن اقامتها فيسقط القصاص وانما قلنا انه يشبه حق الميت لما ذكر وبيان انه يشبه حق الورثة انهم لو عفوا عن الجارح فى حياة المورث جاز عفوهم ولو لم يكن لهم حق لا يجوز كما لو أبرأ عن الدين فى حياته بخلاف الصلح والعفو لانه يثبت مع الشبهات والقصاص من وجه كالمورث لان ثبوته للوارث على سبيل الخلافة ومن وجه هو ثابت للوارث ابتداء وما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما فيما يثبت مع الشبهات نجعله كالموروث وفيما يندرئ بالشبهات نجعله كالواجب لكل واحد منهما ابتداء فلا يكون أحد منهما خصما عن الآخر فى اقامة البينة عليه وهذا بخلاف الخطأ فان موجبه المال وهو موروث للورثة عن الميت بعد ما تفرغ عن حاجته فكان بمنزلة سائر الورثة ينتصب كل وارث خصما عن الميت وعن سائر الورثة فى اثباته على ان الخطأ ليس مبناه على التغليظ بدليل قبول شهادة النساء مع الرجال

والشهادة على الشهادة ولو حضر الورثة جميعا وأقاموا البينة بالقتل العمد على رجلين أحدهما غائب قبلت البينة على الحاضر وقضيت عليه بالقود فاذا حضر الغائب كلفتهم اعادة البينة عليه لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب وليس من ضرورة ثبوت القتل عليه ثبوته على الغائب وان امتنع القضاء به على الغائب فذلك لا يمنع استيفاء القود من الحاضر كما لو عفا الورثة عن أحد القاتلين أو صالحوه على مال كان لهم أن يقتلوا الحاضر وهذا لان القاتلين يهربون عادة فقل ما يظفر بهم جميعا فلو قلنا بانه يمتنع استيفاء القصاص من واحد منهم بسبب غيبة من غاب أدى ذلك الى سد باب القصاص والاضرار بصاحب الحق (أرأيت) لو مات الغائب أو فقد فلم يوقف على أثره أكان يمتنع استيفاء القصاص من هذا الحاضر ولا يقال فى هذا استيفاء مع الشبهة لجواز أن يكون للغائب حجة يدرأ بها القتل عن نفسه وعن صاحبه لانه ما من حجة تقبل من الغائب اذا حضر الا وهى مقبولة من الحاضر لو أقامها ولو ان أخوين أقاما شاهدين على رجل انه قتل اباهما عمدا فقضى القاضى بذلك وقتلاه ثم ان أحدهما قال قد شهدت الشهود بالزور وأبونا حى غرمته نصف الدية وهذا عندنا وقال الشافعى عليه القصاص لانهما أقرا أنهما تعمدا قتلا بغير حق واقرارهما حجة عليهما فيلزمهما القصاص بذلك وكذلك اذا أقر به أحدهما لان المقر يعامل فى حقه كانما أقر به حق وان كان لا يصدق على غيره فلا يجوز أن يجعل قضاء القاضى شبهة فى اسقاط القود عنهما لان قضاء القاضى انما يكون شبهة فى حق من لا يعلم الامر بخلاف ماقضي به فأما فى حق من يعلم ذلك فلا يعتبر قضاء القاضى كما لو رجع أحد شهود الزنا بعد مارجم المشهود عليه فانه يلزمه حد القذف ولا يصير قضاء القاضى بالرجم شبهة فى حقه لهذا المعنى وأصحابنا قالوا انهما قتلاه بشبهة والقتل بشبهة يوجب المال دون القصاص وبيان ذلك انهما قتلاه بناء على قضاء القاضي لهما بالقود وهذا قضاء لو كان حقا لكان مبيحا لهما القتل فظاهره يوجب شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات كالنكاح الفاسد يكون مسقطا للحد لانه لو كان صحيحا كان مبيحا للوطئ فظاهره يورث شبهة وهذا الظاهر يورث شبهة فى حق من يعلم حقيقة الامر وفى حق من لا يعلم كما فى النكاح الفاسد وهذا لان القضاء لما كان حقيقة مبيحا فظاهره يمكن شبهة فى المحل والشبهة فى المحل تؤثر فى حق من يعلم وفى حق من لا يعلم كمن وطئ جارية أبيه لا يلزمه الحد وان كان يعلم حرمتها عليه وهذا بخلاف حد القذف فان حقيقة القضاء بالزنا هناك لا تبيح شبهة من غير فائدة فكذلك ظاهره

لا يورث شبهة ثم الفرق ما بيناه فى كتاب الصوم ان هناك انما يلزمه الحد بسبب سابق علي القضاء وهو الشهادة علي الزنا لانه نسبه الى الزنا لما انتزع معنى الشهادة من كلامه برجوعه وقد كان ذلك سابقا على القضاء هناك فأما هنافالسبب الموجب للقود مباشرة القتل وذلك وجد منهما بعد القضاء فيكون صورة القضاء شبهة ويتضح كلامنا فيما اذا أقر بذلك أحد الاثنين وجحد الآخر لانهما باشر القتل والجاحد منهما محق حتى لا يلزمه قصاص ولا دية فيكون هذا أقوى فى التأثير من الخاطئ اذا شارك العامد فى القتل وهناك لا يجب القود علي واحد منهما فهنا أولى واذا سقط القود وجب علي الراجع منهما نصف الدية فى ماله لاقراره بالقتل بغير حق وما يجب بالاقرار لا تتحمله العاقلة ولو كان أحد الاخوين قتل القاتل قبل القضاء لهما عليه بالقتل أو قبل أن تقوم لهما بينة علي ذلك ثم أقر هو أنه قتله بغير حق وأن الاب حي فعليه القصاص لانه لم يقترن بالسبب الموجب للقصاص عليه شبهة قضاء مانع وان لم يقل هو شيأ ولكن الآخر قال قد كنت عفوت أو كنت أريد أن أعفو أو كنت صالحت ولا بينة له علي ذلك فانه لا يصدق علي أخيه لان اقراره بذلك حينئذ متمثل بين الصدق والكذب فيجعل فى حق غيره كذبا اذ لا ولاية له علي غيره فى انه يلزمه شيأ بقول قاله ولا شيء علي أخيه وان كان أخذ غير حقه من قبل الشركة يعني انه اذا كان هذا بعد ما قامت البينة لهما علي القتل وقضي القاضى بذلك ثم هو ظاهر علي أصل أبى حنيفة لان عنده قد وجب حق كل واحد منهما فى جميع القود كأنه ليس معه غيره فيكون مستوفيا حقه وعندهما الواجب لكل واحد منهما بعض القود الا انه لا يلزمه شيء لاجل الشركة وهو انه لا يتمكن من استيفاء نصيبه الا باستيفاء ما بقي وفعله فى نصيبه استيفاء غير موجب للضمان عليه فاذا خرج بعض فعله من أن يكون واجبا موجبا للضمان عليه خرج جميعه من أن يكون موجبا للضمان عليه لانه لا يحتمل الوصف بالتجزى وبعد ما لم يكن أصل فعله موجبا للضمان عليه لا يصير موجبا باقرار أخيه فان أقام ورثة المقتول بينة علي هذا انه قد كان صالح على كذا قبل أن يقتل الآخر أو كان عفا أجزت ذلك لان الثابت بالبينة التي يقيمها من هو خصم كالثابت باتفاق الخصوم ثم القاتل يكون ضامنا للدية لانه تبين انه باشر القتل بغير الحق وقد سقط القود عنه للشبهة حين لم يكن عالما بصلح أخيه وعفوه ويجب له من ذلك نصف الدية لان بعفو أخيه انقلب نصيبه مالا على القاتل وقد استوجب القاتل عليه كمال الدية فى ماله أيضا فيكون

النصف قصاصا فان كان قتل بعد عفو أخيه أو صلحه وبعد ماعلم بأن الدم قد حرم عليه فعليه القصاص لانتفاء الشبهة وله نصف الدية فى مال القاتل لان نصيبه كان انقلب ما لا لو مات القاتل فيستوفى من تركته فكذلك اذا قتله والله أعلم

باب رجوع الشهود عن القتل

(قال رحمه الله) واذا شهد شاهدان على رجل بقتل عمدا وقبلت شهادتهما ثم رجعا فعليهما الدية فى مالهما فى قول علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي عليهما القصاص وكذلك اذا رجع أحدهما واحتج الشافعي بحديث على رضى الله عنه حيث قال لشاهدى السرقة حين رجعا لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما والمعنى فيه أنهما باشرا قتلا بغير حق لانهما الجآ القاضي الى القضاء بالقتل فانه يخاف العقوبة اذا امتنع من ذلك والملجيء مباشر حكما فى وجوب القود عليه كالمكره والدليل عليه أن الدية تجب مغلظة فى مالهما عندكم وذلك لا يكون الا بمباشرة القتل * وحجتنا فى ذلك أن الشاهد سبب للقتل والسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر وهذا لانه يعتبر فى القصاص المساواة ولا مساواة بين السبب والمباشرة. وبيان الوصف أن المباشر هو الولى وهو طائع مختار فى هذه المباشرة فعرفنا أن الشاهد غير مباشر حقيقة ولا حكما ولا معنى لما ذكره من الالجاء لان القاضى انما يخاف العقوبة فى الآخرة وبه لا يصير ملجأ الى ذلك بل هو مندوب الى العفو شرعا ولا نسلم ان الدية تجب مغلظة على الشهود فكل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها ولا يصير به مكرها ثم اذ وجد هذا الالجاء فى حق القاضي فبمجرد القضاء ماصار المقضى عليه مقتولا وانما صار مقتولا باستيفاء الولى وهو غير ملجأ الى ذلك بل هو مندوب الى العفو شرعا ولا يسلم أن الدية تجب مغلظة على الشهود بل انما تجب مخففة بمنزلة الواجب على حافر البئر الا انها تجب على الحافر البئر فى ماله لانها وجبت باقراره واقراره غير مقبول فى حق العاقلة ولم يثبت لهم ان الشاهد مباشر حكما فقد بينا ان المباشر حقيقة ها هنا لا يلزمه القصاص وهو الولي لشبهة قضاء القاضي فالمباشر حكما أولى أن لا يلزمه شئ من ذلك وانما قال على رضى الله عنه ذلك على سبيل التهديد فقد صح من مذهب على ان اليدين لا يقطعان بيد واحدة وقد تقدم بيان هذا فى كتاب الرجوع فاذا لم يجب القود عليهما كان عليهما الدية ان رجعا وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية لان

كل واحد منهما سبب لاتلاف نصف النفس فان رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين أن يضمن الشاهدين الدية وبين أن يضمن القاتل لان القاتل متلف للنفس حقيقة والشهود متلفون له حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالاتلاف الحقيقي فكان له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الولي الدية لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه يضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي أيضا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ثبت لهما حق الرجوع على الولي بما ضمنا لانهما ضمنا بشهادتهما وقد كانا عاملين فيه للولي فيرجعان عليه بما يلحقهما من الضمان كما لو شهدا بالقتل الخطأ أو بالمال فقضى القاضي واستوفى المشهود له ثم رجعوا جميعا وضمن المشهود عليه الشاهدين كان لهما أن يرجعا على المشهود له ولا يقال هناك قد ملك المقبوض بالضمان وها هنا لم يملكاه لان القصاص لا يملك بالضمان والمشهود به هو القصاص وهذا لانهما وان لم يملكا بعد فقد قاما مقام من ضمنهما في الرجوع على القاتل بمنزلة من غصب مدبرا فغصبه آخر منه ثم ضمن المالك الغاصب الاول فانه يرجع بالضمان على الثاني وان لم يملك المدبر بالضمان ولكنه قام مقام من ضمنه وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة وله بدل متقوم محتمل التمليك فيكون السبب معتبرا على أن يعمل في بدله عندنا لتعذر اعماله في الاصل كاليمين على أن تعمل في بدله حتى يرجع بالضمان من أن يكون منعقدا في ايجاب الكفارة التي هي خلف عن البر لما كان الاصل وهو البر متوهم الوجود في الجملة وعلى هذا غاصب المدبر فان المدبر متقوم مملوك في الجملة فينعقد السبب للغاصب الاول فيه على أن يعمل في بدله حتى يرجع بالضمان على الغاصب الثاني وكذا شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنهم الولي القيمة كان له أن يرجعوا على المكاتب ببدل الكتابة ولم يملكوا رقبة المكاتب ولكن لما كان المكاتب مملوكا رقبة للمكاتب انعقد السبب في حقهم على أن يكون عاملا في بدل وهو بدل الكتابة بذلك وان لم يملكوا رقبة المكاتب فهذا مثله وأبو حنيفة يقول الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لانهم لم يكونوا متلفين ما كانوا ضامنين مع مباشرة الاتلاف لان مجرد السبب يسقط اعتباره في مقابلة المباشرة (ألا ترى) أنه لو وقع انسان في بئر حفرها غيره في الطريق كان الضمان على الحافر ولو دفعه غيره حتى وقع فيه كان الضمان علي الدافع دون الحافر وها هنا لما ضمن الشهود عرفنا أنهم جناة متلفون للنفس حكما وان كان تمام ذلك الاتلاف عند استيفاء

الولي فان استيفاء الولي بمنزلة شرط بقدر جنايته ومن ضمن بجنايته على النفس لا يرجع على غيره فاما في الخطأ فانما رجع لانه ملك المقبوض وهو الدية وقد أتلفه المستوفي بصرفه الى حاجته وهذا سبب آخر موجب للضمان عليه للشاهد وكذلك الشاهد بالمال قولهما ان في هذا الموضع يجعل هو قائما مقام من ضمنه قلنا هذا أن لو بقي حق من ضمنه قبل الولي واختياره فتضمين الشاهد ابراء منه للولي فكيف يقوم الشاهد مقامه في الرجوع عليه وقوله بأنه ينعقد السبب موجبا للملك له أن يعمل في بدله قلنا هذا ان لو كنا في الاصل نتوهم الملك في الضمان وليس في القصاص توهم الملك بالضمان بحال فلا ينعقد السبب باعتبار الخلف كيمين الغموس ثم لو كان القصاص ملكا لهما لم يضمنه المتلف عليهما كما اذا شهدا على الولي بالعفو وقتل من عليه القصاص انسان آخر فليس له القصاص قبل الضمان وانعقاد السبب لا يكون أقوى من ثبوت الملك حقيقة واذا كان المتلف للقصاص لا يضمنه للمالك فكيف يضمنه لمن انعقد له السبب وبه فارق مسألة غصب المدبر والكتابة فان هناك لو كان مالكا حقيقة لم يضمنه المتلف عليه فكذلك اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك ولو رجع الشاهدان دون الولي فقال الولي أنا أجيء بشاهدين آخرين يشهدان على ذلك وقد قتل القاتل لم التفت الى ذلك لان الولي لا يثبت لنفسه شيئا بهذه البينة فانه قد استوفى القصاص ولا سبيل لاحد عليه اذا كان مصرا على دعواه ولم يظهر القتيل فلو قبلت هذه البينة انما تقبل لاسقاط ضمان الدية علي الراجعين وهما لا يدعيان ذلك بل يكذبان الشاهدين ويقران على أنفسهما بالدية لنسبتهم للقتل بغير حق فلا فائدة في قبول هذه البينة ولو شهد أحد شاهدي الدم مع آخر على صاحبه انه كان محدودا في قذف أو عبدا فشهادتهما باطلة لان هذه الشهادة تقوم لابطال قضاء القاضي لا لاثبات ملك أو حق لاحد بعينه والشهادة على ابطال قضاء القاضي لا تقبل ولا شيء على واحد منهما لان الشاهد بهذا لا يصير راجعا فقد يكون هو محقا في شهادته وان كان صاحبه عبدا أو محدودا في قذف وأما المشهود عليه فهو ثابت علي شهادته منكر لما شهد به صاحبه عليه ولو شهد أنه عبد لهذا المدعي فيصير به عبدا له لان هذه البينة تقوم لاثبات الملك للمدعي فاذا قبلت تبين بطلان القضاء الاول وأن القاضي أخطأ في قضائه بغير حجة فيكون ضمان ذلك على من وقع الضمان له وهو الولي وتجب الدية على عاقلته لانه ظهر انه كان مخطئا في القتل وانما ظهر بما هو حجة عليه وعلي عاقلته وبهذا الفصل تبين

انه اذا لم يرجع الشهود والولي ولكن جاء المشهود بقتله حيا فان الدية تجب على عاقلة الولي والشهود ويتخير ولي القتيل فى ذلك وهكذا ذكره الطحاوى عن أبي حنيفة وانما تجب فى مالهم اذا رجعوا لان وجوب ذلك بالاعتراف واذا قضى القاضي بالدم بشهادة الشاهدين فلم يقتل حتى رجعا استحسنت ان ادرأ القصاص عنه وهو قول أبي حنيفة الآخر وكان يقول أولا يستو فى القصاص وهو القياس لان القصاص محض حق العبد فيتم القضاء بنفسه والرجوع بعد القضاء لا يمنع الاستيفاء كالمال والنكاح فان القاضي اذا قضى بالنكاح ثم رجع الشهود لا يمنع استيفاء الوطء على الزوج وان كان فى القصاص يحتاط فى الاستيفاء فكذلك فى الوطء وجه قوله الآخر ان القصاص عقوبة تندرئ بالشبهات والغلط فيه لا يمكن تداركه فيكون بمنزلة الحدود فكما أن فى الحدود لا يتم القضاء بنفسه ويجعل رجوع الشهود مع القضاء قبل الاستيفاء بمنزلة الرجوع قبل القضاء فكذلك فى القصاص بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهات وبخلاف النكاح لان العقد هناك ينعقد بقضاء القاضى ظاهرا وباطنا وهاهنا ما لم يكن واجبا من القصاص لا يصير واجبا بقضاء القاضى ولابد من قيام الحجة عند الاستيفاء وأصل شهادة الشهود فاذا لم يبق حجة بعد رجوعهم يمتنع الاستيفاء وكل دية وجبت بغير صلح فهى فى ثلاث سنين لانها وجبت بالقتل وتقوم الدم بالمال ثابت شرعا بخلاف القياس وانما قومه الشرع بمال مؤجل فكما لا يزاد فى قدر ذلك بمال فكذلك لا يزاد فى صفته بأن يجعل حالا واذا شهد شاهدان بالدم فاقتص من القاتل ثم قالا أخطأنا انما القاتل هذا لم يصدقا على الثانى لانهما شهدا على أنفسهما بالقتل وغرما الدية للاول لانهما رجعا عن الشهادة عليه ونحو ذلك مروى عن على بن ابراهيم يعنى فى السرقة ولو شهدا بدم على رجلين فقتلا بشهادتهما ثم رجع أحدهما فى أحد الرجلين فعليه نصف دية هذا الرجل الواحد فى ثلاث سنين ولا يضمن من دية الآخر شيئا لانه لم يرجع عن شهادته فيه وقد بقى على الشهادة فى حق الآخر من يقوم به نصف الحق فيجب على الراجع نصف ديته ولو لم يرجع وادعى عليه أولياء المقتص منه انه رجع وسألوا يمينه على ذلك فليس عليه يمين لانهم لو أقاموا البينة عليه بالرجوع لم تقبل فكيف يستحلف عليه وهذا لان الرجوع فى غير مجلس الحكم لا يتعلق به حكم فكانت هذه دعوى باطلة منهم وان رجع الشاهد فلزمه نصف الدية فى ماله فى ثلاث سنين فمات أخذ ذلك من ماله حالا لوقوع الاستغناء له عن الاجل بالموت وان

كان الرجوع منه فى المرض وعليه دين فى الصحة بين بدىء بدين الصحة لان رجوعه اقرار على نفسه بالدية والمريض اذا أقر على نفسه وعليه دين فى صحته بدئ بدين الصحة ولو شهد شاهد ان على دم عمد ولهما على المقتول دين أجزت شهادتهما لانهما يثبتان القود بشهادتهما ولا منفعة لهما فى ذلك الدم فان رجعا عن شهادتهما بعد القتل ضمنا الدية ويقبضان دينهما من الثلث فان كان على الميت دين سوى ذلك خاصهم فيه قال الحاكم رحمه الله ولا تصح هذه المسئلة أن يحمل على ان الدين على المقتول قصاصا وهو كما قال فان الدين اذا كان لهما على الاول والدية عند الرجوع تجب عليهما للمقتول قصاصا فكيف يستوفيان دينهما من هذه الدية وان كان دينهما على المقتول قصاصا فبدل نفسه واجب عليهما عند الرجوع ودينه يقضى من بدل نفسه والله أعلم بالصواب

باب جناية الصبي والمعتوه

(قال رحمه الله) واذا أمر الصبي الحر الصبي الحر ان يقتل انسانا فقتله فالدية على عاقلة القاتل وليس على الآمر شيء لان قول الصبي هدر فيما يلزمه الغرم فيكون وجوده كعدمه فبقي مباشرة القتل من الصبي القاتل ولو أمر رجل صبيا فقتل رجلا كانت الدية على عاقلة الصبي كمباشرته القتل باختياره يرجعون بها على عاقلة الآمر لان الآمر جان فى استعماله الصبي وأمره اياه بالقتل وهو الذى تسبب لوجوب الضمان على عاقلة الصبي فثبت لهم حق الرجوع بها على عاقلته فان قيل أمره قول وما يجب على المرء بقوله من ضمان الجناية لا تعقله العاقلة قلت متمثلا نعم اذا كان ذلك القول خبرا محتملا الصدق والكذب ليكون محمولا على الكذب فى حق العاقلة فأما اذا كان ذلك أمرا فلا تردد فى كونه تسببا واستعمالا واذا ثبت السبب فى حق العاقلة ثبت الحكم واذا أعطى الرجل صبيا عصا أو سلاحا يمسكه له ولم يأمره فيه بشيء فعطب الصبي بذلك بان سقط من يده فوقع على رجله فمات فضمانه على عاقلة الرجل لانه جان فى استعمال الصبي فى امساك ما دفع اليه وهو سبب لهلاكه متعد فى ذلك السبب وان قتل الصبي نفسه بذلك أو قتل رجلا لم يضمن الدافع شيأ لانه أمره بامساكه لا باستعماله وانما وجب الضمان على عاقلته لاستعماله وهو مختار فى ذلك غير مأمور به من جهة الدافع فكذلك اذا قتل به نفسه فانما تلف باستعماله لا بامساكه بخلاف ما اذا وقع على رجله لانه ثمة

حصل الهلاك لا بمباشرته بل بإمساكه الذى هو حكم دفع الدافع وهو متعمد فى الدفع فيضمن بخلاف ما اذا حصل التلف بمباشرته وحدث من جهة الصبي باختياره لانه طرأت المباشرة على التسبيب فينقطع حكم التسبيب وهذه المباشرة ليست حكم ذلك التسبيب فلا يثبت الرجوع بخلاف ما اذا أمره بالقتل حكما واذا غصب الرجل الصبي الحر فذهب به فهو ضامن له ان قتل أو أصابه حجرا وأكله سبع أو تردى من حائط عندنا استحسانا وفى القياس لا شئ عليه وهو قول زفر والشافعي وجه القياس أن ضمان الغصب يختص بما هو مال متقوم والصبي الحر ليس بمال متقوم فلا يضمن بالغصب كالميتة والدم والدليل عليه أنه لومات حتف أنفه أو أصابته حمى فمات أو مرض فمات أو خرجت به قرحة فمات لم يضمن الغاصب شيأ بالاتفاق والدليل عليه انه لو غصب مكاتبا صغيرا فمات فى يده ببعض هذه الاسباب لم يضمن الغاصب شيأ فالحر أولى وكذلك لا يضمن أم الولد بالغصب وان تلفت بهذه الاسباب لانه لم يبق لرقها قيمة فلان لا يضمن الحر بهذه الاسباب كان أولى * وحجتنا فى ذلك انه سبب لاتلافه بغير حق والمسبب اذا كان متعديا فى سبب فهو ضامن والدية على عاقلته كحافر البئر وواضع الحجر فى الطريق وبيان الوصف أنه أزال يد حافظه عنه فى حال حاجته الى الحفظ ولم يقم بحفظه بنفسه فكان مسببا لاتلافه وهو متعد فى ذلك لانه ممنوع شرعا من ازالة يد حافظه ومعنى قولنا ان لم يقم بحفظه بنفسه لانه تلف بأمر يمكن التحرز عنه بخلاف ما اذا مات لان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فلا يكون دليلا على تركه الحفظ أو على انه كان سببا لازالة حافظه عنه فأما التردى من الحائط ونهش الحية واصابة الحجر فانه يمكن التحرز عنه فى الجملة وبهذا تبين أن هذا الضمان ضمان جناية لا ضمان غصب والحر يضمن بالجناية تسبيبا كان أو مباشرة وهذا بخلاف المكاتب لانه فى يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا فهو بفعله ما حال بينه وبين نفسه وبخلاف أم الولد فانها تقوم بحفظ نفسها فلا يكون هو جانيا بازالة الحفظ عنها فلهذا لا يضمن نفسها ولو قتل الصبي فى يد الغاصب رجلا فليس على الغاصب فى ذلك شئ لانه لم يأمره بالقتل ولكنه أنشأ القتل باختياره فلو ثبت للعاقلة حق الرجوع على الغاصب كان ذلك باعتبار يده على الصبي والحر لا يضمن باليد وكذلك لو قتل الصبي نفسه فى يد الغاصب فلا شئ على الغاصب كما لو قتل غيره وعلى قول أبي يوسف تجب ديته علي عاقلة الغاصب لانه تلف بسبب يمكن حفظه من ذلك السبب عادة فهو كما لو نهشته حية واذا حمل

الرجل الصبي الحر على دابة فقال له امسكها لي وليس بيده حبل فسقط عن الدابة فمات فالدية على عاقلة الرجل لانه سبب لاتلافه حين حمله على الدابة فكان متعديا في تسببيه فاذا تلف بذلك السبب كان ضامنا لديته ويستوي ان كان الصبي ممن يركب أو لا يركب فان سار الصبي على الدابة فأوطأ انسانا فقتله فان كان هو ممن يستمسك عليها فديته على عاقلة الصبي لانه متلف للرجل بدابته حين أوطأها اياه ولا شيء على عاقلة الذى حمله عليها لانه أحدث السير باختياره فهو كما لو قتل رجلا في يد الغاصب باختياره وان كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها فدم القتيل هدر لان هذه الدابة بمنزلة المنفلتة فانها سارت من غير أن يسيرها أحد والدابة المنفلتة اذا وطأت انسانا فدمه هدر وهذا الذى حمل الصبي على الدابة لم يسيرها فلا يكون هو قائد الدابة ولا سائقا والصبي الذى لا يستمسك على الدابة بمنزلة متاع موضوع عليها فلا يكون هو مسيرا للدابة بخلاف ما اذا كان يستمسك عليها واذا حمل الرجل معه الصبي على الدابة ومثله لا يصرفها ولا يستمسك عليها فوطئت الدابة انسانا فقتلته فالدية على عاقلة الرجل خاصة لانه هو المسير للدابة والصبي الذى لا يستمسك بمنزلة المتاع معه على الدابة فالدية على عاقلته وعليه الكفارة لان الراكب يجعل متلفا لما أوطأ بدابته مباشرة فانه انما تلف بفعله والكفارة جزاء مباشرة القتل وسيأتي بيان هذا في الباب الذى يلي هذا ولو كان الصبي يصرف الدابة ويسير عليها فالدية على عاقلتهما جميعا لان كل واحد منهما مسير للدابة ها هنا فكانا جانيين على الرجل فتجب الدية على عاقلتهما ولا ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الرجل بشيء لان هذا بمنزلة جناية الصبي بيده والرجل لم يأمره بذلك ولو سقط الصبي فمات فديته على عاقلة الرجل لانه هو الذى حمله عليها وقد بينا ان حامل الصبي على الدابة ضامن لديته اذا سقط سواء كان سقوطه بعد ما سير الدابة أو قبل أن يسيرها وكان هو ممن يستمسك عليها أو لا يستمسك عليها واذا حمل العبد صبيا حرا على دابة فوقع الصبي عنها فمات فديته في عنق العبد يدفع به أو يفدى لانه صار مسببا لهلاكه والعبد يضمن بالجناية تسببا كان أو مباشرة وموجب جناية العبد الدفع أو الفداء وان كان معه على الدابة فسارا عليها فوطئت انسانا فمات فعلى عاقلة الصبي نصف الدية وفي عنق العبد نصفها يدفع به أو يفدى لانهما جانيان على المقتول فعلى كل واحد منهما موجب جنايته ويجعل في ذلك الحكم كانه تفرد به واذا حمل الحر الكبير العبد الصغير على الدابة ومثله يصرفها ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فأوطأ انسانا فقتله

في عنق العبد يدفعه به مولاه أو يفديه بمنزلة جنايته بيده ويرجع مولاه بالاقل من قيمته ومن الارش على الغاصب لانه حين حمله على دابته فقد صار غاصبا له ويبقى حكم غصبه ما بقي على الدابة والعبد المغصوب اذا جنى في يد الغاصب كان للمولي أن يرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومن أرش الجناية لانه غصبه فارغا ورده مشغولا بالجناية بخلاف ماتقدم فالمحمول على الدابة هناك حر والحر لايضمن بالغصب ولو حمله عليها وهو لايصرف الدابة ولايستمسك عليها فسارت الدابة فاوطأت انسانا فدمه هدر لان الذي حمله عليها ليس بقائد للدابة ولا سائق لها وانما هذه دابة منفلتة وان كانت واقفة حيث أوقفها ولم تسر حتى ضربت رجلا بيدها أو رجلها أو بذنبها أو كدمته فلا شيء على الصبي لان الصبي بمنزلة المتاع حين كان لا يستمسك على الدابة وعلى الذي أوقفها الضمان على عاقلته لانه متعد في هذا التسبب فانه ممنوع من ايقاف الدابة في الطريق الا أن يكون أوقفها في ملكه فحينئذ لاضمان عليه لانه غير متعد في ايقافها في ملكه والمتسبب اذا لم يكن متعديا في تسببه لا يضمن شيأ كمن حفر بئرا أو وضع حجرا في ملكه والله أعلم

باب جناية الراكب

(قال رحمه الله) واذا سار الرجل على دابة أي الدواب كانت في طريق المسلمين فوطئت انسانا بيد أو رجل وهي تسير فقتلته فديته على عاقلة الراكب والاصل في هذا ان السير على الدابة في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشي فان الحق في الطريق لجماعة المسلمين وما يكون حقا للجماعة يباح لكل واحد استيفاؤه بشرط السلامة لان حقه في ذلك يمكنه من الاستيفاء ودفع الضرر عن الغير واجب عليه فيقيد بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يشترط عليه هذا القيد فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه لان ما يستحق على المرء شرعا يعتبر فيه الوسع ولانا لو شرطنا عليه السلامة عما لايمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه لانه لا يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة أن يقتل بما لايمكن التحرز عنه فاما ما يستطاع الامتناع عنه لو شرطنا عليه صفة السلامة من ذلك لا يمتنع عليه استيفاء حقه وانما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء اذا عرفنا هذا فنقول التحرز عن الوطء على شيء في وسع الراكب اذا أمعن النظر في ذلك فاذا لم يسلم كان جانيا وهذه جناية منه بطريق

المباشرة لان القتل انما حصل بفعله حين كان هو على الدابة التى وطئت فتجب عليه الكفارة وعلى عاقلته الدية وان نفحته برجلها وهى تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام الرجل جبار أي هدر والمراد نفحة الدابة بالرجل وهى تسير وهذا لانه ليس فى وسعه التحرز من ذلك لان وجه الراكب أمام الدابة لاخلفها وكذلك النفحة بالذنب ليس فى وسعه التحرز عن ذلك وقال ابن أبى ليلى هو ضامن لجميع ذلك وقاس الذى يسير على الدابة بالذى أوقف دابته فى الطريق فنفحت برجلها أو بيدها فكما ان هناك يجب ضمان الدية على عاقلته فكذلك هنا ولكنا نقول فى الفرق بينهما هو ممنوع من ايقاف الدابة على الطريق لان ذلك مضر بالمارة ولان الطريق ماأعد لايقاف الدواب فيه فيكون هو فى شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديا والمتعدى فى التسبب يكون ضامنا فلهذا يسوى فيه بين مايمكن التحرز عنه وبين مالا يمكن وهذا لانه ان كان لايمكن التحرز عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكنه التحرز عن ايقاف الدابة بخلاف الاول فان السير على الدابة فى الطريق مباح له لان الطريق معد لذلك ولانه لايضر بغيره وهو محتاج الى ذلك فربما لايقدر على المشى فيستعين بالسير على الدابة واذا لم يكن نفس السير جناية قلنا لا يلزمه ضمان مالا يستطاع الامتناع منه (ألا ترى) ان الماشي فى الطريق لا يكون ضامنا لما ليس فى وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم فى الطريق ولو كدمت أو صدمت أو خبطت أو ضربت بيدها انسانا وهو يسير عليها فذلك كله مما يمكن التحرز عنه فيكون موجبا للدية على عاقلته بمنزلة ما لو وطئت الا أن هذه الاسباب لا تلزمه الكفارة عندنا لان الكفارة جزاء مباشرة القتل فلا تجب بالتسبب على ما بينه وان ضربت بحافرها حصاة أو نواة أو حجرا أو شبه ذلك فأصاب انسانا وهي تسير فلا ضمان عليه لان هذا لا يمكن التحرز عنه فهو بمنزلة التراب والغبار المنبعث من سنابكها اذا فقأ عين انسان الا أن يكون حجرا كبيرا فيضمن لان ذلك مما يستطاع الامتناع منه وانما ينبعث الحجر الكبير بخرق منه في السير ولو راثت أو بالت فى السير فعطب انسان بذلك لم يكن عليه ضمان لانه لا يمكنه التحرز عن ذلك قالوا وكذلك اذا وقفت لتبول أو لتروث لان من الدواب ما لا يفعل ذلك حتى يقف فهذا مما لا يستطاع الامتناع عنه وكذلك اللعاب يخرج من فيها ولو وقع سرجها أولجامها أو شئ محمول عليها من اداتها أو متاع الرجل الذى معه يحمله فأصاب انسانا فى السير كان ضامنا لان هذا مما يمكن التحرز عنه وانما سقط

لانه لم يشد عليها أولم يحكم ذلك فكأنه ألقاه بيده على الطريق وكذلك من عطب به بعد ما وقع علي الارض فان عثر به أو تعقل فهو ضامن له بمنزلة ما لو وضعه بيده علي الطريق والراكب والرديف والسائق والقائد فى الضمان سواء لان الدابة فى أيديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا وذلك مروى عن شريح رحمه الله الا أنه لا كفارة على السائق والقائد فيما وطئت لانهما مسببان للقتل والكفارة جزاء مباشرة القتل فأما الراكب والمرتدف فباشر ان القتل بفعلهما فعليهما الكفارة كالنائم اذا انقلب علي انسان فقتله واذا أوقف دابته فى طريق المسلمين أو فى دار لا يملكها بغير اذن أهلها فما أصابت بيد أو رجل أو ذنب أو كدمت أو سال من عرقها أو لعابها علي الطريق فزلق به انسان فضمان ذلك على عاقلته لانه متعد فى هذا التسبيب فانه ممنوع من ايقاف الدابة فى ملك غيره بغير اذنه وكذلك في طريق المسلمين هو ممنوع من ايقاف الدابة خصوصا اذا كان يضر بالمار ولكن لا كفارة عليه لانعدام مباشرة القتل منه واذا أرسل الرجل دابته فى الطريق فما أصابت فى وجهها فهو ضامن له كما يضمن الذى سار به ولا كفارة عليه لانه سائق لها مادامت تسير على سنن ارساله فاذا عدت يمينا أوشمالا فلا ضمان عليه لانها تغيرت عن حالتها أنشأت سيرا آخر باختيارها فكانت كالمنفلتة الا أن لا يكون لها طريق غير الذى أحدثت فيه فحينئذ يكون ضامنا على حاله لانها سيرها فى الطريق الذى يمكنه أن يسير فيه وانما سارت فى ذلك الطريق فكان هو سائقا لها ووقفت ثم سارت فيه برىء الرجل من الضمان اذا لانها لما وقفت فقد انقطع حكم ارساله ثم انشأت بعد ذلك سيرا باختيارها فهى كالمنفلتة فان ردها فالذي ردها ضامن لما أصابت فى فورها ذلك لانه سائق لها فى الطريق الذى ردها فيه واذا حل عنها وأوقفها ثم سارت هي فلا ضمان عليه لان حكم فعله قد انقطع بما أنشأت من السير باختيارها قال واذا اصطدم الفارسان فوقعا جميعا فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه عندنا استحسانا وفى القياس على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو قول زفر والشافعى وجه القياس ان كل واحد منهما انما مات بفعله وفعل صاحبه لان الاصطدام فعل منهما جميعا فانما وقع كل واحد منهما بقوته وقوة صاحبه فيكون هذا بمنزلة ما لو جرح نفسه وجرحه غيره ولكنا استحسنا لما روى عن على رضى الله عنه انه جعل دية كل واحد من المصطدمين على عاقلة صاحبه والمعنى فيه ان كل واحد منهما موقع لصاحبه فكأنه أوقعه عن الدابة بيده وهذا

لان دفع صاحبه اياه علة معتبرة لاتلافه فى الحكم فاما قوة المصطدم فلا تصلح أن تكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة من وقع فى بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان علي الحافر وان كان لولا مشيه وثقله فى نفسه لما هوى فى البئر وكذلك لو دفع انسان غيره في بئر حفرها رجل فى الطريق فالضمان علي الدافع دون الحافر وان كان لولا حفره لذلك الموضع لما أتلفه بدفعه وعلي هذا الاصل قالوا لو أن رجلين تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا جميعا فان مات كل واحد منهما بفعل صاحبه بأن وقع علي وجهه فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه لانه انما وقع علي وجهه بجذب صاحبه اياه وان وقع كل واحد منهما علي قفاه فلا شئ علي واحد منهما لان سقوطه على قفاه بقوة نفسه لا بجذب صاحبه اياه وان سقط واحد منهما على وجهه والآخر على قفاه فدية الساقط على وجهه على عاقلة صاحبه ولو قطع انسان الحبل بينهما فسقط كل واحد منهما على قفاه ومات فديتهما علي عاقلة القاطع للحبل لانه كالدافع لكل واحد منهما ولو كان الصبي فى يد أبيه فجذبه رجل من يده فمات فديته على عاقلة الجاذب لان الاب محق فى امساكه والجاذب متعد فى تسببه وكذلك لو تجاذبا صبيا يدعي أحدهما انه ابنه والآخر يدعي انه عبده فالدية علي عاقلة الذى يدعى انه عبده لان الشرع جعل القول قول من يدعيه ابنه فيكون هو محقا فى امساكه والآخر متعديا فى جذبه ولو جذب ثوبا من يد انسان وهو يدعى انه ملكه فتخرق الثوب من جذبهما ثم أقام المدعى البينة انه كان له فله نصف قيمة الثوب على صاحبه لانه كان يكفيه الامساك باليد وما كان محتاج الي الجذب فيجعل التخريق محالا به علي فعلهما جميعا ولو عض ذراع انسان فنزع ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض فهو هدر ولو انقطع لحم صاحب الذراع فارش ذلك علي العاض لانه محتاج الى جذب الذراع من فيه فان العض يؤلمه وهو انما قصد دفع الالم عن نفسه فيكون محقا فى الجذب والآخر متعديا فى العض ولو أخذ بيد انسان فجذب صاحب اليد يده فقطعت يده فان كان أخذ يده ليصافحه فلا ضمان على الذى أخذ لان الجاذب ما كان يحتاج الى ما صنع فيكون هو الجانى على يد نفسه وان كان أخذ يده ليعصره فالضمان على الآخذ لان الجاذب محتاج الى الجذب لدفع الالم عن نفسه ولو جلس علي ثوب انسان فقام صاحبه فتخرق الثوب من جذبه فالضمان على الجالس عليه لانه متعد فى الجلوس على ذيل الغير بغير اذنه والذى بينا فى اصطدام الفارسين فكذلك الجواب فى اصطدام الماشيين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فقيمة العبد على

عاقلة الحر ثم يأخذها ورثة الحر لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم ان تلف العبد الجانى وأخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجنى عليه وهو الحر واذا أوقف الرجل دابته فى ملكه فما أصابت بيد أو رجل أو غير ذلك فلا ضمان عليه فيه لانه غير متعد فى ايقافها فى ملكه وكذلك ان كان الملك له ولغيره لان لكل واحد من الشريكين أن يوقف دابته فى الملك المشترك ويستوى ان قل نصيبه فيها أو كثر (أرأيت) لو قعد فى الملك المشترك أو توضأ فعطب انسان بوضوئه أكنت أضمنه ذلك لا أضمنه شيأ من هذا واذا سار الرجل على دابته فضربها أو كبحها باللجام فنفحت برجلها أو بذيلها لم يكن عليه شيء لانه يحتاج الى ضربها أو كبحها باللجام في تسييرها ولا يمكنه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب ولو خبطت بيد أو رجل أو كدمت أو صدمت فقتلت انسانا فالضمان على الراكب سواء كان يملكها أو لا يملكها لان التحرز عن هذا كله ممكن ولو سقط عنها ثم ذهبت على وجهها فقتلت انسانا لم يكن عليه شيء لانها منفلتة فالذى سقط منها ليس براكب ولا قائد ولا سائق والمنفلتة جرحها جبار لانها عجماء بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العجماء جبار وهى المنفلتة عندنا ذكره فى الاصل والله أعلم

﴿تم الجزء السادس والعشرون من كتاب المبسوط السرخسى الحنفى رحمه الله﴾

(ويليه الجزء السابع والعشرون وأوله كتاب الناخس)